Die Vererblichkeit des Besitzes und ihre praktische Bedeutung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Universität zu Breslau

eingereicht von

Curt Pappe.

Liegnitz 1906.
Druck der Buch- und Kunstdruckerei
von Reinhold Wagner.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Dem Andenken
meines guten Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0015

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung . . . . . S. 5-6

Abhandlung. Erster Teil.

Die geschichtliche Entwicklung.

1. Der Besitz und das Prinzip der Unvererblichkeit desselben im römischen Recht . . . . . S. 7—10
2. Ansätze zu einer Besitzvererblichkeit . . . . . S. 10-14
3. Die Surrogate, die das römische Recht an Stelle der possessorischen Interdikte dem Erben gab . . . . S. 14-16
4. Die Erbengewere des Deutschen Rechtes . . . . . S. 16—20
5. Die Stellungnahme des gemeinen Rechtes . . . . S. 20—23
6. Die Vererblichkeit des Besitzes in deutschen und ausserdeutschen Gesetzen . . . . . S. 23—24
7. Das preussische Recht . . . . . S. 24—27
8. Die Unvererblichkeit des Besitzes im Entwurf I eines B. G. B. . . . . S. 27—29

Zweiter Teil.

Die praktische Bedeutung einer Vererblichkeit des Besitzes nach B. G. B.

I. Der Begriff der Besitzvererblichkeit in seiner praktischen Bedeutung überhaupt.
   1. Die Auffassung der Besitzvererblichkeit als Fortsetzung des Erblasserbesitzes . . . . . S. 30—35

II. Die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit im Besonderen.
   1. Voraussetzung des § 857 und dessen Wirkung auf erbrechtliche Verhältnisse.
      a. Voraussetzung des Besitzübergangs . . . . . S. 35—37
      b. Die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit bei Nacherbfolge und Nachberufung.
         aa. Die Nacherbfolge . . . . . S. 37-43
         bb. Die Nachberufung . . . . . S. 43—44
      c. Entsprechende Anwendung des § 857 . . . . . S. 44—45
   2. Erörterung des Besitzüberganges hinsichtlich der einzelnen Besitzarten.
      a. Der unmittelbare und mittelbare Besitz . . . . . S. 45—48
      b. Der Gesellschaftsbesitz . . . . . S. 48-49
      c. Der Besitz des Testamentsvollstreckers u. Konkursverwalters . . . . . S. 50—52

3. Die aus dem Besitzübergang für den Erben sich ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen.
a. Die Berechtigungen
aa. Die possessorisch. Rechtsmittel u. deren Geltendmachung . . . . . S. 53—55
bb. Die Ersitzung . . . . . S. 55—57
cc. Die sonstigen Berechtigungen . . . . . S. 57—58
b. Die Verpflichtungen.
aa. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes . . . . . S. 58—59
bb. Passivlegitimation gegenüber d. Eigentumsklage S. 59
cc. Sonstige Verpflichtungen . . . . . S. 59—60
4 Die Besitzvererblichkeit in ihrer Wirkung auf das Strafrecht . . . . . S. 60—62
Schluss . . . . . S 63

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht. Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts.

Baron. Pand, 5. Aufl.

Behrend. Anefang und Erbengewere. 1885.

Bruns. Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.

Bekker. Das Recht des Besitzes bei den Römern.

Bekker. Aphorismen zur Besitzlehre in den Beiträgen zur Auslegung des B. G. B., herausgegeben von Bernhöft und Binder Heft I, S. 15 ff.

Böhm. Das Erbrecht des B. G. B.

Binder. Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen B. G. B.

Biermann. Das Sachenrecht des B. G. B., 2. Aufl.

v. Bülow. Zur Frage des Unterschieds zwischen strafrechtlichen und anderen Rechtsnormen in Goltdammers Arch. f. Strafr., Bd. 45, S. 320 ff.

Cosack Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.

Cosack. Der Besitz des Erben.

Daniels. Lehrbuch des gemeinen preussischen Privatrechts.

Dubois. La saisine héréditaire en droit romain in Nouvelle revue historique de droit français et étranger, Bd. 4 1880, S. 101—42 und 427-445.

Dernburg. Pand, 6. Aufl.

Dernburg. Bürgerliches Recht III, Sachenrecht Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.

Eck. Vorträge über das Recht des B. G. B. mit Anmerkung versehen von R. Leonhard.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts für Strafsachen, Bd. 37.

Entwurf eines B. G. B. 1. Lesung.

Fischer-Henle. Handausgabe des B. G. B. mit Anmerk., 4. Aufl.

Fischer-Henle. Lehrbuch des preussischen Privatr.

Frommhold. Das Erbrecht des B. G. B.

Förtsch. Sind nach dem Recht des B. G. B. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen? In Gruchots Beitr. zur Erläuterung des preussischen Rechts, Bd. 43.

Gengler. Lehrbuch des preussischen Privatrechts.
Gutachtliche Aeusserungen zu dem Entwurf eines B. G. B., Bd 5.
Gierke. Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes.
Gierke. Deutsches Privatrecht, Bd. 2.
Glücks. Erläuterungen der Pand, Bd. 43.
Gruchot. Erbrecht
Haidlen. Bürgerliches Gesetzbuch.
Habicht. Fragen der Uebergangszeit.
Heusler. Institutionen des deutschen Privatrechts.
Heusler. Die Gewere.
Huber. Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht 1894.
v. Jhering. Der Besitzwille.
v. Jhering. Ueber den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl.
v. Jhering. Der Besitz in Jherings Jahrbüchern, Bd. 32, S. 41 ff.
Kuhlenbeck. Handkommentar zum B. G. B., 2. Aufl.
Kniep. Der Besitz des B. G. B.
Koch. Der Besitz nach preuss. Recht.
Laband. Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 15, S. 378 ff.
Lohe. Ueber den Einfluss des B. G. B. auf das Strafrecht.
Motive zum Entwurf eines B. G. B., Bd. 3 und Bd. 5.
Materialien des preussischen Rechts.
Matthiass. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Meischeider. Besitz und Besitzschutz.
Männer. Das Recht der Grundstücke.
Neumann. Handausgabe des B. G. B.
Niedner. Das Einführungsgesetz
Olshausen. Kommentar zum St. G. B., 6. Aufl.
Planck. Gerichtsverfahren.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B. G. B., Bd. 3 und Bd. 5.
Petersen. Beiträge zur juristischen Konstruktion der Konkursrechtsverhältnisse in Busch Zeiftschriften für deutschen Zivilprozess.
Pfeifer. Praktische Ausführungen, Bd. 1.
Preiser. Die Vererblichkeit des Besitzes nach preussisch. Recht. Dissertation Breslau 1897.
Planck. Kommentar zum B. G. B., Bd. 3, Sachenrecht.
Planck Kommentar zum B. G. B., Bd. 5, Erbrecht.
Planck. Kommentar zum B G. B., Bd. 6, Einführungsgesetz.
Randa. Der Besitz nach österreichischem Recht.
Sohm. Institutionen des römischen Rechts, 8. und 9. Aufl.
Seligsohn. Die Succession in den Besitz nach preuss. Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des preussischen Rechts, Bd. 26.
Strohn. In Strithorst Archiv, Bd. 18.
Strohal. Succession in den Besitz.
Strohal. Der Sachbesitz nach dem B. G. B. für das deutsche Reich.
Strohal. Das deutsche Erbrecht.

R. Schmidt. Einfluss des B. G. B. auf das Strafrecht in der deutschen Juristenzeitung, Bd. 5.
Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 3. Aufl.
Staudingers Kommentar zum Sachenrecht, erläutert von Kober. 2. Aufl.
Staudingers Kommentar zum Erbrecht, erläutert von Herzfelder.
v. Savigny. Das Recht des Besitzes, 7. Aufl.
Thoma Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B. G. B. Dissatation Freiburg i. Br. 1900.
Turnau-Förster. Das Liegenschaftsrecht.
Wartensleben. Die Besitzvererbung. Dissertation Greifswald 1899.
Windscheid. Pand, 8. Aufl.
Wolff. Der Mitbesitz nach dem B. G. B. in Jherings Jahrbüchern, Bd. 44, S. 142 ff.

Einleitung.

Für die Einführung des § 857 B. G. B.: Der Besitz geht auf den Erben über, oder m. a. W.: Der Erbe wird ohne Besitzergreifung Besitzer der Nachlass-Objekte, ist wohl hauptsächlich das dringende, praktische Bedürfnis[1]) massgebend gewesen. Man hatte eingesehen, „dass nur durch die Anerkennung des deutschrechtlichen Grundsatzes[2]) eine einfache, den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung des Besitzverhältnisses und des Besitzschutzes nach dem Tode des Besitzers erreicht wird“[3]), denn die Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Prinzip der Unvererblichkeit des Besitzes ergeben, sind überaus gross. Nach letzterem Grundsatz soll der Erbe erst dann Besitzer der Erbschaftssachen werden, wenn er sie durch einen äusserlichen Akt erworben hat. Bekker bemerkt in seinem „Recht des Besitzes bei den Römern,“ dass „schon der junge Seminarist fragt, ob denn wirklich der Erbe jedes Stück besehen müsse, bevor er den Besitzesschutz für dasselbe erlange“.

Durch diese Frage, die durchaus nicht ungerechtfertigt ist, sieht man deutlich, wie beschwerlich die konsequente Durchführung des Prinzips sein muss. Die wichtigste Folge dieser Regel ist aber das Versagen des Besitzschutzes. Wenn der Besitz durch den Tod beendet wird, so tritt ein Zustand der Besitzlosigkeit ein.

Man gewährt also gerade da die rasch wirkenden possessorischen Rechtsmittel nicht, wo sie am notwendigsten sind, da doch durch den Tod des Besitzers die Erbschaftssachen am meisten widerrechtlichen Angriffen ausgesetzt

---

1) Fischer in Heft 6 der Beitr. von Bekker & Fischer, S. 65, Anm. 1.

2) Der Tote erbt den Lebendigen und zwar bedeutet hier „erbt“ soviel wie „macht zum Erben“.

3) Denkschrift z. Entw. eines B. G. B., S. 110.

sind [1]). Der Erbe muss sich des umständlichen petitorischen Weges bedienen, um zu seinem Rechte zu gelangen.

Man sieht schon aus dieser flüchtigen Schilderung einiger Folgen der Besitzunvererblichkeit, von welchem Interesse die Einführung des § 857 sein muss. Es soll nun unsere Aufgabe sein, in folgendem die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit näher zu betrachten, nachdem wir zunächst auf ihre geschichtliche Entwickelung einen Blick geworfen haben.

[1]) cf. Wartensleben die Besitzvererblichkeit, S. 10.

Erster Teil.

Die geschichtliche Entwickelung.

1. Der Besitz und das Prinzip der Unvererblichkeit desselben im römischen Recht.

Nach Savigny[1]) ist der Besitz im römischen Recht seinem ursprünglichen Begriffe nach ein Faktum, bei welchem nicht nur die eigene unmittelbare Einwirkung auf die Sache physisch möglich sei, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden könne. Zur res iuris werde der Besitz[2]) nur dadurch, dass das objektive Recht an diesen Zustand auch Rechtsfolgen knüpfe. Was vor allem anderen für uns sehr wichtig ist, sind die Worte: Der Besitz ist ein tatsächlicher Zustand. Fasst man den Besitz lediglich so auf, dann wird man Savigny Recht geben müssen, wenn er die hier und da aufgekommene Besitzvererblichkeit eine inkonsequente Missbildung[3]) nennt. Denn dann könnte der Besitz nicht anders als originär entstehen, da ja eine Succession in facta ein Ding der Unmöglichkeit ist. „Das Faktum hört ja mit dem Wegfall des Subjektes auf zu bestehen[4]) Die Lehre von Savigny, die bei ihrem Erscheinen die ganze Welt mit Bewunderung erfüllte, ist jedoch in den letzten Jahrzehnten nicht unangefochten geblieben. Es haben zahlreiche Schriftsteller, so namentlich Jhering[5]), Bekker[6]), Strohal[7]), nachzuweisen versucht, dass diese Auffassung des Besitzes als Faktum doch nicht ganz den Quellen entspricht.

---

[1]) Das Recht des Besitzes, S. 43.
[2]) a. a. O., S. 26.
[3]) a. a. O., S. 324.
[4]) Seligsohn, die Succession in den Besitz in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des pr. R. S. 317 ff und 593 ff.
[5]) Der Besitzwille.
[6]) Die schon cit. Schrift: Das Recht des Besitzes bei den Römern.
[7]) Succession in den Besitz.

Zunächst weist schon der Ausspruch Papinians in l. 49 D. de aquirenda vel amittenda possessione 41, 2 plurimum ex iure possessio mutuatur darauf hin[1]), dass die Römer den Besitz nicht nur als res facti aufgefasst haben. Ferner finden sich im Corpus iuris civilis Stellen, welche, obwohl eine Tatsächlichkeit des Besitzes nicht vorhanden ist, doch von possessio reden. In l. 3. § 11 eod. finden wir eine Fortdauer des Besitzes an verlassenen saltus hiberni et aestivi, trotzdem dem Besitzer eine Einwirkung auf diese Alpe ganz unmöglich ist. Es sei weiter erwähnt, die Fortdauer des Besitzes an einer verlegten Sache (l. 3. § 13 eod.) und an abwesenden Sklaven (l. 3. § 10 eod.) und schliesslich noch daran erinnert, dass der Besitz an vergrabenen Mobilien, von denen der Vergrabende zeitweilig gar nicht einmal weiss, wo sie liegen, erhalten bleibt. Wenn die Quellen auch hier überall von possessio sprechen, so ist klar, dass in den angeführten Stellen mit diesem Ausdruck nicht der tatsächliche Zustand gemeint sein kann, denn der fehlt ja völlig, sondern nur die an den Tatbestand des Besitzes geknüpften rechtlichen Folgen. Auf diesen Doppelsinn von possessio hingewiesen zu haben, ist Bekkers Verdienst[2]). Nach ihm werden wir zu unterscheiden haben, possessio als Tatbestand und possessio als Ausdruck für die Rechtsfolgen, die mit diesem Tatbestand verbunden sind. Im Hinblick auf diese Rechtsfolgen, die also das römische Recht auch possessio nennt, und die, wie wir gesehen, fortdauern können, ohne dass der zu ihrer Entstehung erforderlich gewesene Tatbestand noch vorhanden zu sein braucht, werden wir den Besitz nicht mehr lediglich als Faktum, sondern vielmehr als Rechtsverhältnis bezeichnen können. Wenn wir so den Besitz auffassen, dann wird auch der Gedanke einer Vererblichkeit desselben nicht mehr so völlig zu negieren sein. Nun könnte man aber einwenden, einer Besitzvererblichkeit stehe im römischen Recht vor allen Dingen die l. 8. D. eod. im Wege, in der Paulus lehrt: Quem-ad-modum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Der Besitz muss also

[1]) Strohal, a. a O., S. 1.

[2]) Strohal, a. a. O., S. 40.

nicht nur animo, sondern auch corpore erworben werden. Sahen wir schon oben, dass der Umstand, dass corpus in contrarium actum est, für die Fortdauer des Besitzes keinen Einfluss hatte, so finden sich auch Stellen im corpus iuris civilis, die deutlich zeigen, dass das körperliche Moment beim Besitzerwerbe auch zuweilen in den Hintergrund tritt. Celsus sagt selbst in l. 18 § 2 D. eod., dass für das corpore et tactu apprehendere possessionem das oculis et affectu eingetreten ist. In derselben Stelle lesen wir denn auch, dass zur Tradition von Immobilien eine Demonstration vom Turm aus genügt[1]). In der l. 1 § 21 eod. ist zum Besitzübergang beweglicher Sachen schon der in Gegenwart der Sachen zwischen dem Tradenten und demjenigen, an welchem tradiert wird, zu Stande gekommene consens für genügend erklärt. Und ferner zeigt dieselbe Stelle, dass der Besitzerwerb an verschlossenen Sachen durch Uebergabe der Schlüssel vermittelt wird[2]) Wir sehen hieraus, dass der von Paulus verlangte äusserliche Apprehensionsakt zuweilen sehr verflüchtigt ist.

Das beste Beispiel für einen Besitzerwerb sine adprehensione ist aber die römische arrogatio, die zugleich zeigt, dass das römische Recht auch eine Universalsuccession in den Besitz kannte. Die Arrogation bewirkte für den Arrogierenden eine adquisitio per universitatem aller Vermögensstücke, die dem Arrogierten gehörten. Die l. 16 D. de precario 43, 26 beweist nun aber, dass der Arrogierende ohne weiteres in die possessio des Arrogierten einrückte. Nach dieser Entscheidung könnte man sogar annehmen, dass die Römer auch eine Besitzvererblichkeit gekannt haben. Dem ist aber nicht so. Mit deutlichen Worten ist das Prinzip der Unvererblichkeit des Besitzes ausgesprochen. Wir sehen dies aus l. 23 pr. 41, 2: Javolenus libro primo epistolarum.

Cum heredes instituti sumus adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter, comprehensa ad nos non pertinet und ferner aus l. 1 § 15 D. si is qui testam. 47, 4 wo es heisst: nec heredis est possessio antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

---

[1]) Strohal, a. a. O., S. 3. [2]) Seligsohn, a. a. O., S. 323.

Der Erbe wurde also nicht ohne weiteres Besitzer der Nachlassobjekte, sondern nur durch besondere Besitzergreifung. Der Apprehensionsakt, den Paulus zum Erwerbe forderte, der aber, wie wir gesehen, gar oft fehlte, wird hier mit bestimmten Worten verlangt. Alle Rechte erwirbt der Erbe mit Erklärung des Erbschaftsantritts, nur nicht die Rechte eines Besitzers. Selbst wenn der Erblasser den Besitz durch einen Stellvertreter ausüben liess, besitzt dieser nach dem Tode nicht für die hereditas jacens oder den Erben. Dies lernen wir aus l 30 § 5. 41, 2.: Quod per colonum possideo heres meus, nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere. Auch hier also finden wir wieder die Regel ausgedrückt, dass der Besitz mit dem Tode aufhört. Mit der weit überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller[1]) sehen wir in diesen Stellen, dass im römischen Rechte geltende Prinzip und nicht, wie einige wollen[2]), die Ausnahmen von dem Grundsatz der Besitzvererblichkeit, der nach diesen auch schon bei den Römern gegolten haben soll.

2. Ansätze zu einer Besitzvererblichkeit.

Wenn nun auch im römischen Rechte die Unvererblichkeit des Besitzes als Regel aufgestellt war, so ist doch nicht zu verkennen, dass sich schon einige Ansätze zu einer Besitzvererblichkeit hier und da finden.

Eine vom Erblasser begonnene Ersitzung kann vollendet werden, selbst wenn ein naturaliter comprehendere der Erbschaftssachen seitens des Erben noch nicht erfolgt ist, ja sogar vor erfolgtem Erbschaftsantritt. So lesen wir in l. 40. D. de usurp. 41, 3 (Neratius) coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est. Ein weiteres Zeugnis dafür, dass der Usucapionsbesitz vererblich ist, gibt neben anderen Stellen[3]) die l. 30 pr. ex quibus causis majoribus 4, 6, in der selbst Paulus „ganz unbefangen die Worte in usucapionem succedere gebraucht und

[1]) z. B. Jhering, a. a. O., S. 30. Strohal, a. a. O., S. 222. Mühlenbruch in Glück's Pand. Kom., Bd. 43. S. 1, ff. Windscheid, a. a. O., S. 706.

[2]) z. B. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 1, No. 15, S. 201 ff.

[3]) l. 30. § 5 D. 41, 2. l. 31. § 5 D. 41, 3. l. 6 § 2. u. l. 7 pr. D. 41, 4

ausdrücklich verkündet, dass possessio defuncti descendit ad heredem“ [1]). Der Tod, der, wie wir gesehen, den Besitz beendet, hat beim Usucapionsbesitz seine Macht verloren. Die begonnene Ersitzung bleibt durch den Tod des Ersitzenden völlig unberührt.

Verschiedentlich [2]) hat man diese Stellen so zu erklären versucht, dass hier von einer Fiktion des Besitzes die Rede sei. Zu Gunsten der Usucapion werde der Besitz als fortbestehend fingiert, sodass dies keine Ausnahme der Besitzunvererblichkeit, sondern eine Eigentümlichkeit der Ersitzung sei. Damit erklärt man aber die Sache keineswegs. Unseres Erachtens liegt hier eine Fiktion durchaus nicht vor. Wir sehen vielmehr in dem Uebergang des Usucapionsbesitzes auf die hereditas jacens und von dieser auf den Erben ein Abweichen von dem geltenden Prinzip der Besitzunvererblichkeit. Denn dadurch, dass der Erbe die von dem Erblasser begonnene Ersitzung vollenden darf, macht man eine Rechtsfolge — nämlich das Entgegenreifen zum Eigentum — vererblich, die an den Besitztatbestand des Erblassers gebunden war [3]). Bemerkenswert ist auch die l. 5 § 1 de usurp. 41, 3, in welcher erklärt wird, dass die hereditas jacens Usucapionsbesitz wie an anderen Sachen auch an solchen nicht neu erwerben kann, die zum Peculium ihrer Sklaven gehören, dass aber an solchen Peculiarstücken der Usucapionsbesitz bereits mit dem Erbschaftsantritt, also auch ohne ein „naturaliter comprehendere“ beginnt [4]).

Eine völlige Ausnahme von dem geltenden Prinzip finden wir bei den sui et necessarii heredes. Dieselben erwarben beim Tode des Erblassers, gleichviel ob sie Testamentserben waren, oder ab intestato erbten, sofort Besitz an den Erbschaftssachen, ohne besondere Besitzergreifung. Dies ist jedoch nicht ganz unbestritten. So behaupten z. B. v. Savigny [5]) und Mühlenbruch [6]) das Gegenteil. Nach diesen bedarf es auch seitens des suus heres eines äusserlichen Erwerbs-

[1]) Bekker, a. a. O., S 289.
[2]) v. Savigny, a. a. O., S., 324, Anm. 4. Graf Wartensleben, die Besitzvererbung. Diss. S. 19.
[3]) Strohal, a a. O., S. 231.
[4]) Bekker, a. a. O., S 292.
[5]) a. a. O., S. 324.
[6]) In Glücks Pand, Komm. Bd. 43, S 79.

aktes. Diese Ansicht lässt sich jedoch, wie wir in folgendem sehen werden, kaum mit den Quellen in Einklang bringen.

Nach römischem Recht wurden die zu einer noch nicht erworbenen Erbschaft gehörenden Sachen als res nullius angesehen. cf. l. 1 pr. D. de divis. Rerum 1, 8. An diesen res nullius war nun ein freies Okkupationsrecht gestattet und zwar derart, dass der Okkupant durch den Besitz von einem Jahre mittels der usucapio pro herede ein vollkommenes Recht an den okkupierten Gegenständen erwarb. Diese Usucapion war bei heredes extranei selbst dann noch gestattet, wenn diese zwar die Erbschaft angetreten, aber noch nicht in Besitz genommen hatten. cf. Gai. II. § 52 und Gai. III. § 201. Waren aber sui et necessarii heredes vorhanden, dann war eine solche Usucapio pro herede völlig ausgeschlossen. So lesen wir in Gai. II. § 58 necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest[1]). Daraus folgt, dass man die Nachlasssachen dann nicht als besitzlose ansah, wenn sui et necessarii heredes vorhanden waren. Letztere müssen vielmehr wie im Eigentum so auch im Besitz dem Erblasser ipso iure gefolgt sein[2]). Wie ist es nun aber zu erklären, dass hier plötzlich der Grundsatz der Besitzunvererblichkeit aufgegeben wurde? Paulus gibt in l. 11 D. de lib. et post. 28, 2 die Antwort darauf. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent. qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appelatur sicut pater familias, sola nota hac adjecta per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. haç ex causa licet non sint heredes instituti domini sunt nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. Hiernach erkannte man schon bei Lebzeiten des Erblassers den sui heredes ein gewisses Miteigentum zu. Man sah in ihnen schon die zukünftigen Herren des Vermögens. Dieses Mit-

[1]) vergl. ferner den schon citierten § 261, Gai. Inst. III.

[2]) cf. insbesondere Dubois in der Nouvelle revue historique de droit IV, S. 101—142 und 427—445: la saisine hérédi taire en droit Romain und Strohal a. a. O., S. 322 ff.

eigentum, so führt Dubois aus, war „une conséquence naturelle de la copropriété de famille [1]). Zu der Zeit nun, wo dieses Familieneigentum bestand, machte man noch nicht den erst in späterer Zeit entstandenen Unterschied zwischen Besitz und Eigentum. Sah man in den sui heredes schon die Miteigentümer, so war es natürlich, dass man ihnen auch Mitbesitz zustand. Starb der pater familias, und verwandelte sich das Miteigentum nun zu einem vollrechtlichen Eigentum, dann musste sich auch der Mitbesitz zu einem vollrechtlichen Besitz gestalten. Mit Recht bemerkt Dubois: „L'enchaînement est si naturel, si forcé, qu'il ne laisse pas place à la controverse" [2]). Das Detentionsverhältnis, welches zu Lebzeiten des Vaters bestand, verwandelte sich ipso iure mit dem Tode des Vaters zur civilis possessio [3]). Es wäre sehr wunderlich und überflüssig gewesen, wenn man hier noch einen besonderen Apprehensionsakt verlangt hätte. So erklärt sich diese Ausnahme von der bestehenden Regel auf sehr natürliche Weise. Uebrigens bildete diese Ausnahme praktisch eigentlich die Regel, da die Beerbung des Vaters durch die Kinder den bei weitem häufigsten Erbfall bildet.

Wir kommen nun noch zu einer Durchbrechung der Besitzunvererblichkeit, die deutlich zeigt, dass der Gedanke des gegenteiligen Prinzips schon stark Wurzel gefasst hatte. Für den Rechtsbesitz kannte nämlich auch das römische Recht schon eine Vererblichkeit [4]). Mit der Uebertragung eines Grundstücks ging der Besitz an den dem Grundstück zustehendem Prädialservituten auf den Nachfolger ohne weiteres über. Das altrömische Recht verlangte allerdings auch hier, dass zum Erwerbe dieses Rechtsbesitzes eine wirkliche Ausübung der Servitut erforderlich sei [5]). Daran hielt auch zunächst noch das prätorische Recht fest, stellte aber dem neuen Erwerber, falls er auf Widerstand stiess, ein Interdictum adipiscendae possessionis zur Verfügung [6]). Das spätere Recht verlangte aber nicht die besondere Ausübungshandlung von dem Nachfolger im Rechtsbesitz. Dadurch,

[1]) Dubois, S. 440/441, massgebend auch für das Folgende.
[2]) Dubois, a. a. O., S. 441.
[3]) Jhering, a. a. O., S. 70.
[4]) Jhering, a. a. O, S. 30.
[5]) Wartensleben, a. a. O., S. 20
[6]) Jhering, a. a. O., S. 31

dass der Nachfolger in die Besitzrechtsfolgen des bisherigen Besitzers einrückte, standen ihm auch die quasipossessorischen Interdikte des Vorgängers zu, und zwar wurden diese sowohl dem Universal- sowie Singularsuccessor gewährt. l. 1. § 37 D. de aqua 43, 20 . . . nam sicuti de itinere actuque et successoribus dantur interdicta et emptori ita haec quoque danda praetor putavit[1]). Auch hier konnten wir wieder die Beobachtung machen, wie man sich allmählich von dem Prinzip der Unvererblichkeit loszusagen suchte. Durchzuringen hat sich jedoch trotz dieser Ansätze die Besitzvererbung nicht vermocht.

3. Die Surrogate, die das römische Recht an Stelle der possessorischen Interdikte dem Erben gab.

Wir haben gesehen, dass mit dem Tode des Besitzers ein Zustand der Besitzlosigkeit eintrat. Der Erbe, der zwar die Erbschaft angetreten, aber noch nicht corpore erworben hatte, war noch nicht Besitzer der Nachlasssachen geworden. Infolgedessen versagte man ihm auch die schnell wirkenden possessorischen Rechtsmittel. Doch das römische Recht, das, wie oben gezeigt, grosse Härten der Besitzunvererblichkeit zu beseitigen verstand, gab auch hier dem Erben einigermassen Ersatz[2]). Er brauchte nicht die rei vindicatio mit dem strengen Eigentumsbeweis oder die actio Publiciana, bei welcher der Nachweis der bonae fidei possessio des Erblassers auch nicht immer leicht gewesen wäre, anzustellen[3]). Das Fehlen der possessorischen Interdikte wurde ersetzt durch die hereditatis petitio, deren Beweis nicht so umständlich wie bei den genanten Klagen war. Mit Hülfe dieser hereditatis petitio konnte er sich den Besitz der Sachen verschaffen, die vor ihm schon ein anderer in Besitz genommen hatte. cf. l. 16 § 4 i. f. D. de hered. pet. 5, 3. Zu beachten ist, dass die hereditatis petitio nur gegen den ging, der pro herede oder pro possessore besass. Ferner kann aber auch der Erbe, wenn ihm ein formgerechtes Testament

[1]) Ferner zu vergl. l. 3 §§ 6—10 D. de itin. act. priv. 43, 19 und l 1 pr. § 4 D. de aqua 43, 20.

[2]) cf. auch Wartensleben, a. a. O., S. 16.

[3]) Jhering, Grund des Besitzschutzes, S. 85.

zur Verfügung steht, eine missio in bona erhalten, cf. l. 3 C de ed. civ. Had. toll. 6, 33 und zu deren Schutz eine in factum actio bekommen[1]).

Nach l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24 steht dem Erben nach erfolgter hereditatis aditio das Interdictum quod vi aut clam zu[2]). Gegen Legatare, die sich eigenmächtig in den Besitz von Nachlasssachen gesetzt hatten, wurde dem Erben das Interdictum quod legatorum gewährt[3]).

Dass schliesslich selbst das Interdictum utrubi nach einer Meinung im Corp. iur. civ. dem Erben zustehen sollte, zeigt uns l. 14 § 4 D. de adquir. et amit. poss. 41, 2. (Ulpianus) quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris ei accedat et quidem in emptoribus possessio interrumpitur sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emptionis: sed suptilius est quod in emptorem et in heredem probari. Diese Stelle ist aus dem liber 72 ad edictum entnommen, in dem Ulpian von dem Interdictum utrubi spricht. Wir sehen aus der Stelle, dass plerique einen Unterschied machen wollten zwischen dem Fall, wo ein Erbe und dem, wo ein Käufer Nachfolger im Besitz sind[4]). Der Erbe sollte, obwohl er noch nicht apprehendiert hätte, doch das Interdictum utrubi haben, und sich die Besitzzeit seines Erblassers anrechnen dürfen, einem Käufer sei dies aber nicht gestattet. Der Käufer müsse apprehendieren, dann habe er erst das Utrubi und könne sich den Besitz des Verkäufers anrechnen. Der Grund dafür liege darin, dass Plenius ius successionis quam emptionis sei. Nach dieser Entscheidung der plerique kann man, wie Bekker ausführt, entweder annehmen, dass die plerique den Besitz für vererblich hielten und ihn schon mit der aditio hereditatis auf den Erben übergehen liessen, oder aber, dass sie dem Erben als Nichtbesitzer das Interdictum utrubi mit der accessio possessionis geben wollten. Dieser Meinung der plerique tritt aber Ulpian wohl als Vertreter des geltenden Prinzipes der Besitzunvererblichkeit entgegen, indem er es für suptilius

[1]) Mühlenbruch, a. a. O., S. 72.
[2]) Wartensleben, a. a. O, S. 17.
[3]) cf. Dernburg, Bd. III., S. 191, Pand.
[4]) Bekker, a. a. O., S. 293.

hält, auch dem Erben, erst wenn er apprehendiert habe, das Utrubi zu geben.

Wie die Meinung der plerique nicht im Stande war, gegen die omnis opinio, vertreten durch Ulpian, etwas auszurichten, so haben auch die Ansätze zu einer Besitzvererblichkeit es nicht vermocht, das im römischen Rechte geltende gegenteilige Prinzip zu durchbrechen. Die Besitzunvererblichkeit blieb als Regel bestehen.

4. Die Erbengewere des deutschen Rechts.

Fanden wir im römischen Rechte im allgemeinen das Prinzip der Besitzunvererblichkeit aufgestellt, so sehen wir im deutschen Recht den gegenteiligen Grundsatz deutlich ausgesprochen.

Zur Zeit der Rechtsbücher ist die Analogie [1]) der römischen possessio, die Gewere, vererblich. Von dieser Erbengewere handeln vornehmlich zwei Quellenstellen. Wir lesen in der Glosse zum sächsischen Lehnrecht III. 83 § 1: Kommt einer . . . in eines Dinges Besitzung, ob im ein Erbe anstirbt, das gut hat er allbereit in sinen Geweren und besizt es, und ferner im Glogauer Rechtsbuch c. 8: Wen gut anirstirbet von gesippe, der hat daran czu hand eyne rechte gewer unde darf daz auch nyrgüt uffnemen vor keinem rechtin.

In Uebereinstimmung mit Heusler [2]), der die Theorie der Erbengewere eingehend begründet, Gierke [3]), Schröder [4]) und Cosack [5]) sehen wir in diesen Stellen einen Beweis für den in der Rechtsparömie bekannten Satz: „Der Tote erbt den Lebigen", auf Grund dessen nicht nur das Eigentum, sondern auch die Gewere eines Verstorbenen ipso iure auf

[1]) cf. Heusler, die Gewere, S. 59 ff. Die beiden Begriffe Gewere und possessio sind nicht völlig gleiche, jedoch wird, wie Heusler, der die Analogie der beiden Begriffe in interessanter Weise nachweist, sagt, die Stelle, welche die possessio im römischen Rechtssystem einnimmt, im deutschen Recht durch die Gewere ausgefüllt.

[2]) Heusler, Gewere, S. 172 f. in Verbindung mit S. 50 ff.

[3]) Gierke, deutsches Privatrecht, S. 187.

[4]) Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 3 Auflage, S. 704 und 736.

[5]) Cosack, Besitz des Erben, S. 27 ff.

den Erben übergeht. Unmittelbar mit dem Erbfall erlangte der Erbe, auch wenn er den Besitz noch nicht angetreten hatte, die Gewere.

Dieser unmittelbare Uebergang der Gewere des Erblassers auf den Erben ist jedoch nicht allgemein anerkannt.

Am wenigsten unterscheidet sich u. E. von der hier vorgetragenen Ansicht der Standpunkt Hubers[1]).

Dieser hält auch für den Erwerb der Gewere seitens des Erben die tatsächliche Besitzergreifung für bedeutungslos.

Huber, der die durch Erbgang begründete Gewere damit erklärt, dass man der wirklichen Nutzung die tatsächliche Möglichkeit, dieselbe auszuüben[2]), gleichgestellt habe, will jedoch, das durch den Erbgang in der Person des Erben begründete Herrschaftsverhältnis nur „relativ" als Gewere bezeichnen, weil der Erbe die Gewere nur für den Fall beanspruchen kann, da die Besitzergreifung durch ihn tatsächlich und in Rechten möglich ist.

Damit stimmen wir völlig überein, da ja in dem von Huber angeführten Fall; wo ein Dritter schon vor[3]) dem Todesfall im Besitze von Sachen sich befindet, auch der Erblasser die Gewere nicht hatte, und daher sich nicht die Gewere, sondern nur das dem Erblasser unter Berufung auf seine frühere Gewere zustehende Anfechtungsrecht vererben kann.

Es erscheint uns deshalb die Bezeichnung der wirklich auf den Erben übergehenden Gewere des Erblassers als relativ überflüssig zu sein.

Laband[4]), der „die sogen. Erbengewere gänzlich fallen lassen will", gesteht jedoch auch zu, dass zum Besitzerwerbe des Erben ein äusserlicher Akt nicht hinzukommen brauche.

Planck[5]) will die Erbengewere nur so auslegen, dass diese dem Erben die Möglichkeit rechtlich geschützten Besitzes gebe. Die Wirkung davon käme im Prozess zur Geltung.

---

[1]) Huber. Die Bedeutung der Gewere. S. 32 f. und 38 f.

[2]) Cosack bezeichnet a. a O., S 33 diese Möglichkeit der Nutzung schlechthin als „Gewere".

[3]) Dass der Erbe mit einer Klage aus seiner früheren Gewere gegen denjenigen, der nach dem Todesfall den Besitz sich aneignete, vorgehen kann, giebt Huber ohne weiteres zu.

[4]) Laband, krit. Vierteljahrsschr., Bd. 15, S. 378 ff.

[5]) Planck, Gerichtsverfahren. Bd. 1, S. 528 f.

da der Erbe die Gewere seines Rechtsvorgängers als ohne weiteres auf sich übergegangen geltend machen könne.

Auch diese Meinung scheint u. E. der oben vorgetragenen im wesentlichen nicht zu widersprechen.

Der Ansicht Plancks schliesst sich Behrend[1]) an, der diese noch durch altniederländische Rechtsquellen belegt. Behrend verlangt jedoch ausdrücklich zur Verwirklichung der Möglichkeit, den Besitz des Nachlasses zu erlangen, einen Willensakt des Erben, eine Besitzergreifung.

Da jedoch in den Quellen nirgends dieses Erfordernis ausgesprochen ist, ja sogar die oben zitierten Rechtsquellen hierzu im Gegensatz stehen, werden wir uns der Ansicht Behrends nicht anschliessen können.

Gegen diese Theorie der Erbengewere scheint jedoch ein Institut des deutschen Rechtes, nämlich der Dreissigste, zu sprechen. So behauptet auch Laband[2]), dass die Wirksamkeit der Gewere des Erben dadurch ausgeschlossen wurde, dass die Witwe noch 30 Tage lang auf dem Gute bleiben durfte.

Man wird u. E. hieraus noch nicht das gegenteilige Prinzip der Erbengewere schliessen dürfen, da die Witwe durch den Dreissigsten nicht die Gewere, d. h. die Nutzung des Gutes, erhielt, sondern ihr durch diese Einrichtung nur Wohnung und Genuss der Hofspeise zugebilligt wurde. Die eigentliche Nutzung des Gutes, das upboren stand vom Todestage an nicht der Witwe, sondern dem Sohne zu, welcher auch in den 30 Tagen zur Vertretung des Gutes in Prozessen legitimiert war[3]). Ein Widerspruch gegen die Erbengewere scheint sich auch im magdeburgischen Recht zu finden. Hier ist der Grundsatz aufgestellt worden, dass Uebertragungen von Liegenschaften vor Gericht stattfinden müssten[4]). In den Quellen des magdeburgischen Rechts finden sich nun häufig solche Erbeinweisungen in das Gut des Erblassers, die ja nach dem Grundsatz der Erbengewere nicht notwendig zu sein scheinen. Dies erklärt sich aber in folgender Weise:

Wenn man auch den eingangs erwähnten Grundsatz des magdeburgischen Rechts bestehen lässt, so kann doch be-

[1]) Behrend, Anevang und Erbengewere, 1885, S. 31 ff.
[2]) a. a. O., S. 401.
[3]) cf. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2, S. 39.
[4]) cf. Heusler, die Gewere, S. 183 ff, massgebend auch für das folgende.

hauptet werden, dass der Erbe eines Erblassers, welcher durch gerichtliche Auflassung das Gut erworben hat, auch die Auflassung des Erblassers für sich geltend machen kann und nicht einer neuen bedarf. Da jedoch der besitzende Erbe gegenüber anderen Erbprätendenten eine rechte Gewere nur erwerben konnte, wenn diese sich ihm gegenüber innerhalb 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen verschwiegen hatten, so musste ihm im Interesse der Sicherheit seines Erbrechts daran liegen, auch diesem Erbprätendenten gegenüber, die ihn ja sonst während der 31 Jahre jederzeit mit einer Erbschaftsklage belästigen konnten, die rechte Gewere von Jahr und Tag zu erlangen. Die Möglichkeit hierzu war ihm dadurch gegeben, dass er sich vom Gerichte in das Erbgut einweisen liess. Wir sehen, dass auch in diesen Erbeinweisungen keine Widerlegung dafür zu finden ist, dass der Uebergang der Gewere des Erblassers unmittelbar und ohne weiteres auf den Erben erfolgte.

Die praktische Bedeutung dieser Erbengewere bestand nun zunächst darin, dass, wenn jemand durch Eigenmacht sich in den Besitz des Gutes setzte, der Erbe mittelst Klage wegen Dejektion fordern konnte, dass ihm die Gewere wieder zugeteilt werde. Dadurch, dass der Erbe die Dejektion bewies [1]), wurde er als Beklagter im Hauptprozesse über das Recht am Gute anerkannt, während dem Usurpator die wenig vorteilhafte Rolle des Klägers zugewiesen wurde [2]). Eine weitere Folge des unmittelbaren Gewereüberganges finden wir in Richtst. Lehnr. 22, § 5 ausgesprochen: Wo lange ok din vader en len in sinen weren gehat heft, dat machstu reken to der tid dat du id gehad hast in gewerен . . . wen de vader ervet up den sone vaste de were des gudes also dat gud.

Daraus geht hervor, dass die für den Erblasser zur Begründung einer rechten Gewere laufenden Frist von Jahr und Tag durch den Todesfall nicht unterbrochen wird, sondern zu Gunsten des Erben weiterläuft.

Hier im deutschen Recht, zur Zeit der Rechtsbücher, fanden wir also das erste Mal das Prinzip der Vererblichkeit des Besitzes mit allen Konsequenzen deutlich ausgesprochen und anerkannt.

---

[1]) Dies geschah durch 2 Zeugen.

[2]) Heusler, Inst. Bd. 2, §§ 83 und 85.

5. Die Stellungsnahme des gemeinen Rechtes.

Wir hatten oben nachzuweisen versucht, dass sich auch im römischen Rechte schon Ansätze zu einer Besitzvererbung fanden. Diese wurden zur Zeit der Glossatoren dazu benutzt, um die Behauptung aufzustellen, dass auch das reine römische Recht die Besitzvererblichkeit gehabt habe. Zum Beweise dafür berief man sich auf die schon zitierte l. 30 D. 4, 6, in welcher Stelle wir nur eine Ausnahme von der sonst geltenden Besitzunvererblichkeit sehen konnten. Den Widerspruch der ebenfalls schon zitierten l. 23 pr. 41, 2, in der wir das Grundprinzip des römischen Rechtes ausgesprochen fanden, beseitigte man dadurch, dass man diese Stelle nur auf den Naturalbesitz (Detention) bezog [1]). Die l. 30 zit. spreche die Regel aus und so sei nicht nur der Usukapionsbesitz, sondern allgemein der Besitz als vererblich für das römische Recht anzunehmen.

Diese unnatürliche Auslegung des römischen Rechtes wurde von den Postglossatoren aufgegeben, die nicht das Prinzip der Besitzvererblichkeit für das römische Recht behaupteten, dagegen aber für den Erbbesitz im Gewohnheitsrecht und statutarischen Recht Geltung beanspruchten. Die Bedeutung dieser Behauptung lag darin, dass man dem Erben gegen den, der sich Eingriffe in den Nachlass erlaubte, ganz allgemein das uti possidetis zuschrieb [2]). Bezüglich des unde vi hatte man wegen der vis Bedenken, doch gewährte die Praxis allgemein auch diese Klagen den Erben. Bestritten wurde dagegen, dass der Erbe die interdicta possessionis adipiscendae habe.

Eine Vererblichkeit des Besitzes finden wir auch in den italienischen Statuten ausgesprochen. So erkannte die Praxis der Rota Romana den Erbbesitz unumschränkt an. Zwei Beispiele aus älteren Stadtrechtsaufzeichnungen seien hier angeführt, um zu zeigen, dass das deutschrechtliche Prinzip in voller Geltung stand [3]).

Stat. Mutine p. 318: Filii et heredes intelligantur ipso iure possidere bona defuncti que defunctus tenebat tempore

[1]) Cosack, a. a. O., S. 77.

[2]) cf. Cosack, a. a. O., S. 83.

[3]) Heusler, Gewere, S. 325.

mortis ac si statim eo mortuo corporalem heres apprehendisset possessionem bonorum.

und Stat. Veronae p. 38 possessio bonorum defunctae personae, quam habebat tempore mortis, coniunctim transeat ad heredes de iure secundum ordinem successionis ipso iure quamvis non fuerit adprehensa.

Ebenso finden wir aber auch in den Statuten von Ferrara, Brixen, Neapel, Savoyen, Mailand, Padua, Florenz und Trident das Prinzip der Vererblichkeit des Besitzes ausgesprochen[1]).

Es ist verwunderlich, dass diese Ansicht sich nicht im kanonischen Recht findet. Hier erklärt Innocenz im Kommentar zu c. 8 x de probat 2, 19, dass der Besitz der Erbschaftssachen auf den Erben nicht ipso iure übergehe, der Erbe dürfe sich aber von sich aus in deren Besitz setzen und werde dann gegenüber dritten Erbansprechern im Besitz geschützt.

Ebenso wie die italienischen Statuten haben auch z. B. deutsche statutarische Bestimmungen das Prinzip der Besitzvererbung[2]). Teilweis findet sich aber auch das römische Prinzip, und sehr viele Gesetze enthalten gar keine Bestimmung über diese Frage.

In der gemeinrechtlichen Literatur konnte sich das Prinzip der Besitzvererblichkeit gegen die unendliche Macht des römischen Rechtes nicht durchsetzen. Die Möglichkeit, dass sie in partikularen Rechten bestehe, wird zwar zugegeben, aber da das gemeine Recht die Erbengewere nicht kannte, wurde sie in der Theorie sowohl wie in der Praxis nur vereinzelt anerkannt.

Von einem der bedeutendsten Juristen der damaligen Zeit, von Carpzov, finden wir allerdings das deutsche Prinzip vertreten, was aus folgendem Satze deutlich hervorgeht: Ex generali locorum fere omnium consuetudine non saltem dominium sed et possessio rerum hereditariarum ipso iure in heredem transeat[3]). Von dem Moment des Erbfalls an, so führt Carpzov aus, ist der Erbe in iure possessionis constitutus licet non in detentione reali. Und die Bedeutung des Erbbesitzes ist nach Carpzov, dass jeder eigenmächtige Ein-

---

[1]) cf. Die Beispiele bei Cosack, a. a. O., S. 84 und 85.

[2]) z. B. die magdeburgische Polizeiordnung und die kurkölnische Rechtsordnung. cf. auch Cosack, a. a. O., S. 90.

[3]) Carpzov dec. Saxon. tres partes d. 225.

griff in den Nachlass dieses ius störe und der Erbe dagegen ein mandatum manutenentiae, d. h. eine possessorische Klage habe [1]).

Dieser Ansicht Carpzovs schliessen sich Schilter [2]), Cludius [3]) und Heineccius [4]) an.

Augustin v. Leiser erkennt auch noch den Erbbesitz in seinem wesentlichen Inhalte an, wenn er auch die Formulierung Carpzovs bekämpft.

Von Vultejus wird die vermittelnde Ansicht vertreten in Cons. Marpurg III cons. 20, No. 38: Licet possessio in successorem non continuetur nisi corpore apprehendatur, in dubio tamen continuata praesumatur possessio in heredem

Gegen die Besitzvererblichkeit tritt besonders Stryk auf, der den ipso iure Uebergang des Besitzes auf den Erben für die damalige Zeit völlig bestreitet [5]). In gleicher Weise wird von dem am Ende des 18. Jahrhunderts einflussreichen Juristen Runde [6]) dem römischen Prinzip gehuldigt.

Auch die Praxis vertrat zum grossen Teil den Standpunkt der Besitzunvererblichkeit So wurde von dem Reichskammergericht und der altsächsischen Praxis der Erbbesitz assidue et constanti iudicio [7]) verworfen.

Es finden sich freilich auch einige Urteile, die sich für den Erbbesitz aussprechen; so schützt z. B. ein Göttinger Erkenntnis den Erben possessorisch, wenn dem Erblasser durch ein Manutenenzdekret der Besitz adjudiziert war, während ein Marburger Urteil dem Erben dann die possessorischen Schutzmittel gibt, wenn er nicht im Stande war, sich des Nachlasses körperlich zu bemächtigen. Zwei Urteile des O. A. G. zu Kassel von 1818 und 1824 erkennen ebenfalls das deutschrechtliche Prinzip an.

Es ist interessant, zu beobachten, dass während in Italien das deutschrechtliche Prinzip der Erbengewere sich durch-

---

[1]) Cosack, a. a. O., S. 92.
[2]) Schilter, Exercit. ad Pand. XV, § 11 ss. 47, §§ 57-59.
[3]) Cludius rerum quot. lib. I n. 9 55, 144, 172 ss.
[4]) Elem. iur. I p. 582 s.
[5]) im. usus modernus Pand. 41, 2 depos., S. 128.
[6]) Runde, deutsches Privatrecht, S. 681.
[7]) vgl. Cosack, a. a. O., S. 94 und die dort angeführten Urteile.

setzte in der deutschen Theorie und Praxis, man sehr dazu neigte, dem römischen Rechte zu folgen.

6. Die Vererblichkeit des Besitzes in deutschen und ausserdeutschen Gesetzen.

Das bayrische Landrecht nahm den Grundsatz des röm. Rechtes auf. In II, 5, 9 No. 1 wird ausdrücklich gesagt, dass der Besitz, der doch ein Faktum sei, nicht eher auf die Erben übergehen könne, bevor diese ihn ergriffen haben.

Gleichfalls im Einklang mit dem römischen Recht lesen wir in § 2288 des B. G. B. für das Königreich Sachsen: Der Besitz an den erbschaftlichen Sachen geht ohne Besitzergreifung durch die Antretung der Erbschaft auf den Erben nicht über.

Das österreichische Gesetzbuch spricht die Besitzunvererblichkeit nicht so deutlich aus, wie die soeben erwähnten Gesetze. Zwar ist unter den Endigungsgründen des Besitzes im § 349 der Tod nicht mit aufgezählt, jedoch geht die herrschende Meinung dahin, dass der Besitz als res facti nicht durch Erbgang erworben werden könne[1]). Derselbe Standpunkt wird auch für das österreichische Gesetz über den Erbschaftserwerb vom Jahre 1866 anzunehmen sein[2]).

Den Grundsatz der Besitzvererblichkeit hat das Züricher Privatrecht aufgenommen, allerdings nur für die Intestaterben, während die Testamentserben erst durch den Erbschaftsantritt, aber auch ohne besondere Besitzergreifung, den Besitz erwerben.

Im französischen Recht finden wir die Erbengewere in dem Institut der saisine héréditaire entwickelt. Schon der Grand Coutumier nennt als völlig gleiche Besitzerwerbsarten Besitzergreifung, Tradition und Erbgang[3]). In Uebereinstimmung hiermit erkennt auch das napoleonische Gesetzbuch

[1]) vgl. Unger, österr. R.. Bd. I, § 40, Anm. 6, Randa, der Besitz nach österr. R, S. 474 ff.

[2]) so Cosack, a. a. O., S. 105, Preiser a. a. O., S. 16.

[3]) Grand. Cout. p. 231 Ils sont trois espéces de possessions suffisant à saisine; c'est assavoir: possession acquise par occupation, possession acquise par succession et possession acquise par tradition de fait.

in Art. 724 den Satz le mort saisit le vif an: Les héritiers legitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt [1]).

Dem Code civil folgt das badische Landrecht, das ebenfalls die Vererblichkeit von „Besitz und Gewähr" anerkennt. Das deutsche Prinzip ist auch in dem Burgerlyk Wetboek für die Niederlande aufgenommen [2]) und ebenso im codice civile italiano [3]).

7. Das preussische Recht.

Wenn wir auch im allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten eine so deutliche Bestimmung, wie die des § 857 B. G. B. nicht finden, so geht doch aus einigen positiven Bestimmungen hervor, dass man im preussischen Rechte die alte Rechtsparömie „der Tote erbt den Lebendigen" nicht nur auf das Eigentum, sondern auch auf den Besitz bezog [4]).

Im § 48 I, 7 heisst es zwar ganz allgemein: „Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden." In dem darauf folgenden Paragraphen finden wir jedoch von diesem Prinzip eine Ausnahme ausgesprochen, aus der wir die gesetzliche Statuierung der Besitzvererbung für das A. L. R entnehmen können. In § 49, I, 7 heisst es:

„Wer jedoch einem andern in einem Inbegriff von Sachen oder Rechten nachfolgt, der bedarf keiner Besitzergreifung in Ansehung der einzelnen unter dem Inbegriff enthaltenen Sachen und Rechte". Der Sinn dieses Paragraphen ist der, dass der Besitz auf den Universalsuccessor ipso iure

---

[1]) Dass Artikel 724 diesen Sinn habe, wird von Randa a. a. O., S. 396 bestritten. Dagegen Planck, Besitz S. 30 und Cosack S. 105.

[2]) In Art. 597 cf Cosack, S. 106, Anm. 17.

[3]) Libro III art. 925. Il possesso dei del defunto passa di diritto nella persona dell'ereda, senza bisogno di materiale apprensione.

[4]) Gegen die Vererblichkeit des Besitzes im preussischen Recht sprechen sich aus: Gengler, Lehrb d. preuss. Privatr. Bd. 2, S. 13 3, Roth, bayr. Zivilrecht III, S. 687, No. 4, Koch, Besitz nach preuss. Recht, 2. Aufl., S. 184, Gruchot, Erbrecht S. 84 ff. Für die Besitzvererbung Cosack a. a. O., S. 97 f, Daniels Lehrb. d. gem. preuss. Privatrecht, Bd. 1, S. 218 ff, Strohn, bei Strithorst, Arch. Bd. 18, S. 349, Fischer, Lehrb. d. preuss. Privatr. S. 173 Preiser, Vererblichkeit d. Besitzes, Diss. Breslau 1897.

übergeht, eine besondere Besitzergreifung also nicht erforderlich ist[1]). Im Gegensatz zu unserer Auffassung ist dieser Paragraph von der Praxis des Obertribunals, besonders aber in einem Plenarbeschluss vom 7. November 1847, in welchem einem Erben die possessorischen Inderdikte gegen eigenmächtige Eingriffe in die Erbschaft vor der Besitznahme versagt werden, dahin interpretiert worden, dass es bei einer Nachfolge in einem Inbegriff von Sachen und Rechten nicht einer Besitzergreifung aller einzelnen unter den Inbegriff fallenden Rechte und Sachen bedürfe. Cosack[2]) macht darauf aufmerksam, dass wenn der § 49 wirklich diese Bedeutung hätte, statt des blossen Artikels „der" das entscheidendere „jeder" gebraucht worden wäre. Auch das schleppende — in Ansehung — wäre dann nicht nötig gewesen, sondern weit einfacher hätte der Paragraph — der bedarf keiner Besitzergreifung aller einzelnen Sachen, lauten können. — Es sind also nicht die Worte „in Ansehung usw." zu Besitzergreifung zu zählen, wie das Erkenntnis des Obertribunals es tut, sondern mit „bedarf" zu verbinden. Gegen die Interprätation des Obertribunals spricht aber auch der § 53 I, 7, in welchem wir das ausgedrückt finden, was das Erkenntnis des Obertribunals aus dem § 49 herauslesen will. Dort heisst es: Wer in der Absicht, einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen, einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, der hat dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen.

Es ist nicht anzunehmen, dass in zwei fast unmittelbar auf einander folgenden Paragraphen ein und derselbe Gedanke hat Ausdruck finden sollen.

Schliesslich spricht aber auch die historische Entwicklung der §§ 48 ff dafür, dass im § 49 das Prinzip der Besitzvererblichkeit zu finden ist.

Zu dem § 48 (dem § 27 des „gedruckten Entwurfes") waren drei Monita ergangen, von denen jedoch für unsere Frage nur zwei von Bedeutung sind.

I. Bei legatis speciei in rebus per adiudicationem aquisitis und in mehreren Fällen leidet die Regel dieses Paragraphen eine Ausnahme und es dürfte der Zusatz nötig sein: Wenn durch Gesetze oder Verträge nicht das Gegenteil festgesetzt ist.

---

[1]) cf. Preiser, a. a. O., S. 31 u. Cosack a. a. O., S. 102.
[2]) a. a. O., S. 102.

Gossler bemerkte dazu: „Diese und mehrere Spitzfindigkeiten des römischen Rechtes verdienen keine Aufnahme in das neue Gesetzbuch, nur successores universales bedürfen keiner besonderen Besitzergreifung, weil es bei ihnen bloss auf die Fortsetzung eines bereits erworbenen Besitzes ankommt.

II. Bei allen successoribus universalibus findet die Regel dieses Paragraphen keine Anwendung.

Zu diesem zweiten Monitum schrieb Gossler: „Dürfte der Missdeutung wegen beizusetzen sein".

In dem von Svarez umgearbeiteten Entwurf findet sich der § 49 eingeschaltet (dort § 48) und dazu bemerkt Svarez:[1]) der § der Umarbeitung enthält eine Einschränkung oder vielmehr nur eine nähere Bestimmung der Regel des vorherstehenden Paragraphen[2]), welcher aber, um Missverständnisse zu vermeiden, notwendig ist".

Die Einschränkung des § 49 kann aber nur die Bedeutung haben, dass von dem Erben auch ohne besondere Besitzergreifung der Besitz, welchen der Erblasser erworben hatte, erlangt wird.

Ferner sind in den §§ 111 ff I, 7 die Gründe genannt, die zur Beendigung des Besitzes führen. Der § 116 ist nun zum Beweise der Nichtvererblichkeit des Besitzes im preuss. Rechte angeführt worden[3]). Nach diesem § geht der Besitz durch den Verlust des Gewahrsams verloren, wozu aber noch kommen muss, dass dem Besitzer die Wiedererlangung des Gewahrsams unmöglich wird, infolge eines Ereignisses, das die Sache selbst oder deren Substanz betrifft. Wenn nun auch der Gewahrsam durch den Tod beendigt wird, so ist dieser doch kein Ereignis, das „die Sache selbst oder deren Substanz betrifft", sondern der Tod führt vielmehr eine „Veränderung in den persönlichen Eigenschaften des Besitzers" herbei. Nach § 114 ist aber eine derartige Veränderung für die Fortdauer des Besitzes ohne Einfluss. Daher kann also aus dem § 116 eine Unvererblichkeit des Besitzes nicht gefolgert werden.

Auch in den anderen Bestimmungen, in denen die Besitzbeendigungsgründe aufgezählt sind, ist der Tod des Besitzers nicht als solcher genannt. Bei der grossen Ausführ-

[1]) Materialien, S. 233.
[2]) Gemeint ist der zitierte § 48.
[3]) Durch das zitierte Erkenntnis des Obertribunals.

lichkeit des A.-L.-R. werden wir in Uebereinstimmung des Vorhergesagten daraus folgern dürfen, dass der Tod nicht Beendigungsgrund des Besitzes sein, sondern dass der Besitz auf den Erben ohne besondere Besitzergreifung übergehen sollte.

8. Die Unvererblichkeit des Besitzes im Entwurf I eines B. G. B.

Der Vorwurf des übertriebenen Romanismus, den man von vielen Seiten dem I. Entwurf eines B. G. B. gemacht hat, ist gerade in Bezug auf die Besitzeslehre durchaus gerechtfertigt. Animus und Corpus waren die Träger des Besitzbegriffes geblieben und die Natur des Besitzes zum Faktum gestempelt. Und die Besitzvererblichkeit? Sie war abgelehnt worden, weil zur Festsetzung derselben von einem Besitzbegriffe ausgegangen werden müsse, „welcher dem römischen Recht und den demselben folgenden Gesetzen, sowie dem Entwurf fremd ist“ [1]).

Doch sehen wir uns die hierher gehörigen §§ des Entwurfs I genauer an. Die Unvollständigkeit der Besitzbeendigungsgründe der §§ 807—813, in welchen der Tod nicht genannt wird, wurde durch die §§ 2052—2054 im Erbrecht ausgefüllt. Es bestimmte der § 2052:

Der Besitz und die Innehabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen, gehen nicht Kraft Gesetzes auf den Erben über.

Dieser Paragraph sprach das herrschende Prinzip aus. Unvererblichkeit des Besitzes wie im römischen Recht. Nicht in gleicher Weise wie die Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers sollten Besitz und Innehabung auf den Erben übergehen. Erst durch besonderes Handeln sollte er Besitzer oder Inhaber werden können [2]). Die l. 23 pr. D. 41, 2 finden wir hier in § 2052 übersetzt wieder.

Wenn man nun auch in § 2052 die Unvererblichkeit des Besitzes zum geltenden Prinzip erhob, so beraubte man sie doch durch den § 2054 fast all ihrer Wirkungen. Der § 2054 lautete:

„Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitz oder Inne-

[1]) Motive, Bd. 3, S. 101.
[2]) Motive, Bd. V, S. 539 ff.

habung war, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfalle auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfalle Besitzer oder Inhaber geworden wäre".

Die wichtigste Consequenz aus dem Prinzip des § 2052, das Versagen der possessorischen Rechtsmittel, hatte man also nicht gezogen. Gegen den Dritten, der in Ansehung von Nachlasssachen verbotene Eigenmacht verübte, sollte der Erbe die possessorischen Rechtsmittel haben, noch bevor er sich Besitz oder Inhabung verschafft hatte. Der Erbe wird also, obwohl er noch nicht Besitzer ist, genau so wie ein Besitzer geschützt. Der § 2054 fingiert, der Erbe sei schon bei Eintritt des Erbfalles Besitzer und Inhaber gewesen, und sucht durch diese Fiction die Wirkung von § 2052 kraftlos zu machen[1]). Betrachten wir noch den § 885 Absatz I, so finden wir, dass der § 2052 nur eine leere Form war. In § 885 war gesagt: Die Ersitzung wird durch den Verlust des Besitzes und im Falle des Todes des Besitzers dadurch unterbrochen, dass ein anderer als der Erbe den Besitz der Sache ergreift. Tritt aber eine solche Besitzergreifung seitens eines Dritten nicht ein, dann wird die Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Besitzergreifung des Erben diesem auf die Ersitzungsfrist angerechnet, cf. § 882 Abs. 2 Entw. I. Wir sehen auch hier bei der Ersitzung die Wirkung der Unvererblichkeit des Besitzes beseitigt. So hatte der Entwurf I selbst schon das in § 2054 festgesetzte Prinzip tatsächlich aufgegeben. Als Folge der Besitzunvererblichkeit war nur noch anzusehen, dass „diejenigen Verbindlichkeiten, die den Besitz als solchen zur Voraussetzung haben, nur dann den Erben treffen, wenn er sich die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft hat"[2]). Den scharfen kritischen Aeusserungen[3]), welche dieses Prinzip der Unvererblichkeit (§ 2052) in der Wissen-

[1]) Motive, Bd. V zu § 2054.
[2]) Protok., Bd. V, S. 651.
[3]) Es seien nur Gierke, Baron, Fischer, Wendt und Ihering erwähnt.

schaft hervorrief, ist es zu danken, dass die Besitzunvererblichkeit aufgegeben wurde. In der Kommission, die zur Umarbeitung des Entwurfs I vom Bundesrat eingesetzt wurde, brachte man den Antrag ein, die §§ 2052 bis 2054 zu streichen und als § 779a den Satz aufzunehmen: Der Besitz geht auf den Erben über. Dieser Antrag wurde denn auch mit 15 gegen eine Stimme angenommen und zwar mit der Begründung, „dass im geltenden Rechte die Unvererblichkeit des Besitzes nirgends rein durchgeführt sei, das geltende Recht sich vielmehr stets gegen sie gewendet habe“[1]). So fand die Vererblichkeit des Besitzes Aufnahme im B. G. B.

[1]) Protokolle, Bd. V, S. 652.

Zweiter Teil.

Die praktische Bedeutung einer Vererblichkeit des Besitzes nach B. G. B.

I. Begriff der Besitzvererblichkeit in seiner praktischen Bedeutung überhaupt

1. Die Auffassung der Besitzvererblichkeit als Fortsetzung des Erblasserbesitzes.

Nach einer Besitzdefinition werden wir im B. G. B. vergebens suchen. Wir finden nur bestimmte Regeln aufgestellt über den Erwerb und den Verlust des Besitzes. So heisst es in § 854, Abs. 1: Der Besitz wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und in § 856, Abs. 1: Der Besitz wird dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt, oder in anderer Weise verliert. Strohal meint, dass dieses absichtliche Fehlenlassen einer Besitzdefinition als weise zu bezeichnen ist, „denn ganz abgesehen davon, dass ein Gesetz gar nicht den Beruf hat, zu definieren, kann eine allseitig befriedigende Definition eines so komplizierten Begriffes, wie es der des Besitzes ist, gar nicht gefunden werden[1])". Wir werden diesen Worten nicht ganz beistimmen können, da gerade dieses Fehlen einer Besitz-Definition den Grund dafür bietet, dass die Frage nach der praktischen Bedeutung des § 857: „der Besitz geht auf den Erben über", so verschieden beantwortet worden ist.

Mit Bezug auf die schon zitierten §§ 854_1 und 856_1 sagt Planck in seinem Kommentar zum Sachenrecht[2]): „Wer also die tatsächliche Gewalt erlangt und nicht wieder ver-

[1]) Strohal, Sachbesitz S. 4.
[2]) Bd. 3, S. 29.

loren hat, d. h., wer die tatsächliche Gewalt hat, der hat den Besitz. Dies kann bedeuten, dass die tatsächliche Gewalt und der Besitz sich begrifflich decken, m. a. W., dass Besitz die tatsächliche Gewalt ist, oder aber, dass der Besitz eine sich an das Bestehen der tatsächlichen Gewalt knüpfende Rechtsfolge ist. Welche dieser Auffassungen dem Sinne des Gesetzes entspricht, lässt sich nur durch Prüfung der Stellen, an denen das Gesetz vom Besitze spricht, entscheiden". Planck nimmt dann auch eine Prüfung der Stellen vor, welche ihm ergibt, dass der Besitz regelmässig als tatsächliche Gewalt zu definieren sei, und dass allein der § 857 dieser Ansicht widerspreche.

Ohne auf die Prüfung der Stellen näher einzugehen, müssen wir sagen, dass in dem Schluss Besitz = tatsächliche Gewalt unbedingt eine Identifizierung von Ursache und Wirkung vorliegen muss. Denn wenn nach § 854 die Erlangung der tatsächlichen Gewalt dasjenige Moment ist, welches das Entstehen des Besitzes verursacht, so kann unmöglich der Besitz selbst die tatsächliche Gewalt sein. Es wäre ja genau dasselbe, wenn man aus dem Satz: Die Elektrizität entsteht durch Reibung, schliessen wollte, dass Reibung = Elektrizität sei. Bekker macht darauf aufmerksam, welche Trivialität wir erhielten, wenn wir Besitz = tatsächliche Gewalt setzen. Der § 854_1 müsse dann lauten: „Die tatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben".

Fasst man nun aber den Besitz lediglich als tatsächliche Gewalt auf, so wird man schwerlich zu einer Besitzvererbung gelangen können. Planck zieht deshalb auch die Konsequenz aus der von ihm aufgestellten Definition und sagt bei Erläuterung des § 857, dieser Paragraph dürfe nicht „wörtlich" genommen werden. Die Worte: Der Besitz geht auf den Erben über, seien vielmehr dahin zu verstehen, „dass die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tode des Besitzers eintretenden tatsächlichen Zustand und den Erben des Besitzers entsprechende Anwendung finden". Planck will also dem Gesetz einen anderen Sinn unterschieben. Die Worte: Der Besitz geht auf den Erben über, meinen gar nicht das, was sie aussprechen. Die Anwendung des § 857 dürfe nicht so, wie dies

im Gesetzbuch steht, erfolgen, sondern nur in „entsprechender" Weise. In Uebereinstimmung mit Bekker[1]) werden wir uns gegen eine derartige Interpretation wenden müssen. Denn bei solcher Auslegung muss ja jeder Laie, der nicht „in alle Geheimnisse der Rechtsdeutelei" eingeweiht ist, an der Verständlichkeit des für das Volk geschriebenen Gesetzbuches verzweifeln, wenn er erfährt, dass ein Erbe trotz des Inhaltes des § 857 nicht Besitzer geworden ist.

Nach Kniep ist auch der Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache[2]). Begründung dafür sei der § 854 Abs. I des B. G. B. Was wir schon oben[3]) gegen Planck angeführt haben, wird auch hier gegen diese Besitzdefinition Knieps zu erwidern sein. Den § 857 erklärt Kniep folgendermassen: „Von einem Besitzübergang kann nur insofern die Rede sein, als dem Erblasser ein Besitzanspruch zu Gebote stand. Tatsächlich vom Erblasser ausgeübter Besitz geht als solcher nicht auf den Erben über[4]). Der Erbe bekommt nur einen Anspruch, sich der Sachen des Erblassers zu bemächtigen. Kniep will also auch den Worten des § 857 eine andere Bedeutung beilegen. Unter „Besitz" in § 857 sei nach Kniep's Ausführungen nur der mittelbare Besitz zu verstehen. Dieser mittelbare Besitz sei vorzugsweise ein Besitzanspruch und könne sich wie alle Ansprüche vererben. Der unmittelbare Besitz sei aber ein tatsächliches Verhältnis und könne, weil unvererbbar, nicht vom § 857 mitgemeint sein. Das B. G. B. bezeichnet nun aber als Besitzer sowohl den mittelbaren als auch den unmittelbaren. cf. § 868. Es ist daher unmöglich, wenn das Gesetz schlechthin von Besitz spricht, eine solche Spaltung vorzunehmen, wie Kniep es tut. Der Bedeutung einer Vererblichkeit des Besitzes würde man daher nur halb gerecht werden, wenn man den unmittelbaren Besitz von der Vererbung ausschliessen wollte. So werden wir auch dieser Erklärung nicht zustimmen können.

---

[1]) Derselben Meinung wohl auch Kober in Staudingers Komm. z. Sachenr. d. B. G. B. S. 16 und Fischer-Henle, Handausg. d. B. G. B. m. Anm. Erläut. I zu § 857. Bekker, a. a. O., S. 17, massgebend auch für das Folgende.

[2]) Der Besitz des B. G. B., S. 2.

[3]) S. 40|41.

[4]) a. a. O., S 188.

Wir begnügen uns damit, diese beiden gegnerischen Ansichten vorzutragen, um nun selbst den Begriff der Besitzvererblichkeit in seiner praktischen Bedeutung überhaupt zu entwickeln.

Schon oben war gezeigt worden, dass wir uns nicht der Definition anschliessen können, die den Besitz = tatsächliche Gewalt setzt. U. E. wird der Besitz dasjenige Etwas sein, was zwischen dem Entstehen und dem Aufgeben oder Verlieren liegt, was also durch die tatsächliche Gewalt erworben und durch den Verlust derselben verloren wird. Mit Rücksicht auf die Besitzschutzmittel und sonstigen rechtlichen Folgen, die mit dem Besitz verbunden sind, werden wir mit Binder[1]) dieses Etwas als die rechtliche Stellung[2]) definieren können, welche das Gesetz an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt knüpft. Vergegenwärtigen wir uns nun, dass diese Rechtsposition, zu deren Entstehung die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erforderlich ist, fortbesteht, bis der Besitzer die Gewalt aufgegeben oder in anderer Weise verloren hat, dass aber unter dem „Verlieren in anderer Weise" der Tod nicht mitzuverstehen sei[3]). Denken wir weiter daran, dass zum Fortbestande des Besitzes es nicht erforderlich ist, dass die tatsächliche Gewalt keine Unterbrechung erleide (§ 846_2) und dass endlich nicht nur Rechte, sondern auch Rechtspositionen sich vererben können[4]), so werden wir die Bedeutung einer Besitzvererblichkeit den Worten und dem Sinne des § 857 gemäss erklären können.

Die Vorschrift des § 857 ist nicht nur sachenrechtlicher, sondern auch erbrechtlicher Natur. Dies geht schon aus der Vorgeschichte des Paragraphen hervor. Wir werden den § 857 nur mit den allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen verstehen können. Zu diesem Zwecke sehen wir uns einmal den § 1922 Abs. 1 genauer an. In diesem heisst es:

Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über.

---

[1]) Die Rechtsstellung des Erben, S. 47.

[2]) So auch die Protok., Bd. V, S. 650, welche von einer Rechtsposition sprechen.

[3]) Protok., Bd. V, S. 650.

[4]) Protok, a. a. O.

Die Bedeutung dieser Bestimmung ist die, dass in das bürgerliche Gesetzbuch die Universalsuccession des römischen Rechtes Aufnahme gefunden hat. Das Wesen einer Universalsuccession besteht nun aber kurz in folgendem[1]): Das Vermögen, welches der Erblasser zur Zeit des Todes besass, wird als Ganzes erhalten, und nicht nach „reellen Teilen auf die Erben verzettelt", als „Einheit" geht es auf die Erben über. Die Universalsuccession ist nicht, wie die Singularsuccession, eine Nachfolge in einzelne Rechte oder Schulden, sondern vor allen Dingen „Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers. Der Erblasser ist für das Privatrecht nicht gestorben, er lebt vielmehr in der Person des Erben fort". So gipfelt denn das Wesen der Universalsuccession im Gegensatz zur Singularsuccession „nicht in der Succession, sondern in der Continuation". Für dasselbe Rechtsverhältnis bleibt dasselbe Subjekt"[2]). Der Erbe legt also für das Privatrecht seine eigene Persönlichkeit ab und setzt die Person des Erblassers fort.

Wenn wir so den § 1922 auslegen, und nun den § 857 betrachten, so finden wir, dass hier gewissermassen eine Ergänzung zu § 1922 vorliegt. Nicht nur das Vermögen, bestehend aus Rechten und Schulden, geht auf den Erben über, sondern auch der Besitz. Auch für die Besitzverhältnisse, welche der Erblasser begründet hatte, ist er nicht gestorben, sondern lebt in dem Erben fort[3]). So können wir denn in dem § 857 nicht eine Inkonsequenz von § 854 Abs. 1 sehen, was Binder[4]) annimmt, denn nicht von einem Neuerwerb, sondern von einer Fortdauer des Besitzes ist die Rede. Das drückt das Gesetz dadurch aus, dass es hier wie im § 1922 von einem „Uebergehen" redet. Jener Vorgang, der erforderlich war, zur Begründung des Besitzes, nämlich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, ist auch noch wirksam für den Erben[5]). Dieses Fortwirken jenes Begründungsaktes zu Gunsten des Erben, der ja, um es noch einmal zu wieder-

[1]) Wir folgen hier den Ausführungen Sohm's in seinen Institutionen des röm. R., S. 476 ff.

[2]) Sohm, a. a. O., S. 480.

[3]) Uebereinstimmend im Resultat Kober, a. a. O., S. 16 und Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. 2, § 35.

[4]) a. a. O., S. 46.

[5]) Strohal, a. a. O., S. 61.

holen, für die Rechtswelt die Erblasserpersönlichkeit darstellt, macht den Erben in der Tat zum Besitzer im vollsten Sinne des Wortes.

Wir brauchen also nicht, um den Begriff der Besitzvererblichkeit in seiner praktischen Bedeutung überhaupt zu erklären, wie Planck es will, an eine „entsprechende" Anwendung des § 857 zu denken, haben es ferner nicht nötig, jene Spaltung des Wortes „Besitz" vorzunehmen, die Kniep vorgeschlagen, sondern können den § 857 wörtlich nehmen und sagen: Der Besitz, den der Erblasser begründet, setzt sich in der Erbenperson fort, geht also auf den Erben über.

II. Die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit im Besonderen.

1. Voraussetzung des § 857 und dessen Wirkung auf erbrechtliche Verhältnisse.

a. Voraussetzung des Besitzüberganges.

Wenn wir von einer Vererblichkeit reden, so ist es selbstverständlich, dass etwas da sein muss, was sich vererben kann. So muss also auch bei der Besitzvererblichkeit Besitz bereits beim Erbfall vorhanden sein. Nur wenn der Erblasser den Besitz bis zu seinem Tode gehabt hatte, kann von einer Vererbung, einer Fortsetzung des Besitzes seitens des Erben, die Rede sein.

Von dem Satze, dass der Besitz, wenn er einmal bis zum Tode des Erblassers bestanden hat, unter allen Umständen auf den Erben übergehe, wollen einige Schriftsteller[1]) eine Ausnahme für gewisse Fälle machen. So sagt z. B. Strohal: „Der Tod des Erblassers kann unter Umständen erfolgt sein, vermöge welcher bezüglich gewisser Sachen, die der Erblasser bisher besass, der Besitz als beendigt angenommen werden muss. Z. B. der Erblasser ist im Meere ertrunken, oder ist in eine Gletscherspalte versunken, und die auf die Aufsuchung der Leiche verwendeten Bemühungen sind erfolglos geblieben". In diesen Fällen soll der Besitz nicht auf den

[1]) So Strohal, Sachbes. S. 100. Diesem schliessen sich mit gleichem Beispiel an: Binder a. a. O., S. 51 und Biermann, in seinem Komm. zum Sachenrecht. S. 14.

Erben übergehen. Wir werden in Uebereinstimmung mit Männer[1]), Cosack[2]) und auch Planck[3]) dieser Einschränkung des § 857 nicht zustimmen können. In den genannten Fällen wird man unterscheiden müssen, ob der Besitzverlust vor oder nach dem Tode eingetreten ist[4]). Tritt der Besitzverlust vor Ableben des Erblassers ein, so wird der Besitz natürlich nicht mehr auf den Erben übergehen können, weil ja beim Erbfall gar kein Besitz mehr vorhanden ist. Trifft aber der Besitzverlust mit dem Tode zusammen, oder tritt er erst nach demselben ein, so kommt allerdings der § 857 zur Anwendung. Der Besitz geht auch in diesen Fällen mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über. Allerdings gewinnt der Erbe dadurch nicht viel, denn bei dem erwähnten Sachverhalt geht der Besitz ihm bald wieder verloren. Jedenfalls ist aber er es, und nicht der Erblasser, der den Besitzverlust erleidet[5]). Von praktischer Wichtigkeit kann die Frage nach den Besitzverhältnissen allerdings dann werden, wenn die Leiche später doch noch aufgefunden wird. Mit Recht bemerkt Männer[6]), dass sich hier eine allgemeine Entscheidung, ob dem Erben der Besitz dann noch zukommt, nicht aufstellen lässt. Die Entscheidung wird vielmehr davon abhängig sein, ob nur eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt (§ 856_2), oder eine tatsächliche Beendigung des Besitzes im Sinne des § 856 Abs. 1 für den Erben anzunehmen ist.

In jedem Falle also geht der Besitz, wenn er bis zum Tode bestanden hat, auf den Erben über und zwar bestimmt sich der Zeitpunkt des Besitzüberganges, da ja § 857, wie schon erwähnt, auch erbrechtlicher Natur ist, nach den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften. Gemäss dem § 1922 wird sich also der Uebergang mit dem Augenblick des Todes des Erblassers vollziehen. War der Erbe zur Zeit des Erbfalles bereits erzeugt, aber noch nicht geboren, dann kommt der § 1923_2 zur Anwendung. Der Nasciturus gilt als vor

[1]) Das Recht der Grundstücke, S. 100.
[2]) Lehrb. des B. G. B. § 187, II, 2.
[3]) a. a. O., S. 41.
[4]) Männer, a. a. O., S. 100.
[5]) cf. Cosack, a. a. O.
[6]) a. a. O.

dem Erbfall geboren, mithin also schon vom Zeitpunkt des Erbfalles an als Erbe und die Konsequenz davon ist wieder, dass er auch als Besitzer des zum Nachlass gehörenden Besitzes gelten muss.

b. Die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit bei Nacherbfolge und Nachberufung.

aa. Die Nacherbfolge.

Mit dem Tode des Erblassers, so sahen wir, wird der Erbe Besitzer der Nachlasssachen. Es fragt sich nun, ob auch bei Einsetzung einer Nacherbfolge der vom Vorerben an den Erbschaftssachen ausgeübte Besitz mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge auch auf den Nacherben ipso iure übergeht. Strohal meint[1]), dass „man zu einer befriedigenden Antwort dieser Frage nur dann kommen könne, wenn man zwischen dem auf den Vorerben lediglich nach § 857 übergegangenen und dem vom Vorerben nach § 854_1 selbständig erworbenen Besitz unterscheidet. Besitz der letzteren Art gehe auf den Nacherben gewiss ipso iure nicht über, sondern verbleibe vielmehr auch nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge dem Vorerben, oder vererbe sich in Fällen, wo der Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammentreffe, auf den Erben des letzteren. Der Besitz der ersteren Art bilde dagegen einen integrierenden Teil der Erbschaft, teile notwendig das juristische Schicksal, welches diese erfährt, und gehe daher auf den Nacherben allerdings über". Dieselben Ausführungen finden wir auch in Planck's Kommentar zum Erbrecht bei Erörterung des § 2239. Strohal will also einen Unterschied machen zwischen demjenigen Besitz, den der Vorerbe auf Grund des § 857 hat, und demjenigen, welchen er nachträglich tatsächlich ergriffen hat. Insoweit eine solche tatsächliche Besitzergreifung erfolgt ist, ist der Erbe nach § 854 Abs. 1 Besitzer geworden[2]), und dieser so erlangte Besitz vererbe sich im Gegensatz zu dem Erbenbesitz des § 857 nicht auf den Nacherben. Trotz der Worte des § 857 — der Besitz

[1]) a. a. O., S. 104

[2]) cf. Strohal, S. 102, Sachbesitz.

geht auf den Erben über, d. h. der Erbe ist vom Zeitpunkt des Erbfalles an Besitzer der Nachlasssachen — ist also nach Strohal der Erbe doch noch nicht recht eigentlich Besitzer, sondern wird dies erst durch eine tatsächliche Besitzergreifung. Wir müssten allerdings mit Kniep [1]) von der Hilflosigkeit des Erbenbesitzes reden, wenn wir mit Strohal annehmen wollten, dass der Erbe noch eines Besitzbegründungsvorganges bedarf, um Besitzer zu werden. Diese Scheidung, die Strohal vornimmt, steht in direktem Widerspruch mit den Worten des § 857. Was schon vorhanden ist, das braucht nicht erst noch begründet zu werden. Der Erbe ist schon kraft Gesetzes Besitzer mit dem Erbfalle geworden und braucht es nicht erst durch ein tatsächliches Ergreifen zu werden. Eine solche nachträglich vorgenommene tatsächliche Besitzergreifung können wir daher nicht als Besitzbegründungsvorgang, sondern lediglich als eine Besitzausübung [2]) bezeichnen.

Gegen diese unsere Meinung scheint aber das Gesetz selbst zu sprechen. Das Gesetz scheint auch diese Unterscheidung zwischen dem Besitz des § 857 und dem Besitz durch tatsächliches Ergreifen zu machen. Nach § 2025 Satz 2 soll ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht nur dann nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften, wenn der Erbe den Besitz der Sache „bereits tatsächlich ergriffen“ hatte.

Wenn wir uns das Wesen dieses Paragraphen ansehen, so müssen wir mit den Protokollen sagen [3]), dass es sich hier „nicht darum handelt, den gesetzlichen Besitz des Erben abzuschwächen, sondern um die Frage, ob nicht die Verschuldung eine geringere sei, wenn der Erbschaftsbesitzer bei der Prüfung der Frage, wer Erbe sei, ein Versehen begehe, als wenn jemand den tatsächlichen Besitz in schuldhafter Weise verletze“. Die Protokolle sprechen hier in den Schlussworten auch nicht von tatsächlich ergriffenem Besitz, sondern nur von tatsächlichem Besitz. Das Gesetz will dem gutgläubigem Erbschaftsbesitzer dann eine mildere Haftung zubilligen, wenn ein noch nicht tatsächlicher, das kann aber

[1]) a. a. O., S. 184.
[2]) So auch Binder, a. a. O., S. 60
[3]) Bd. V, S. 721/22.

nur heissen, ein noch nicht tatsächlich ausgeübter Besitz vorliegt. Denn Besitzer ist der Erbe nach § 857 und dem kann und will das Gesetz nicht in § 2025 widersprechen. Da aber die Entscheidung darüber, „wer Erbe sei, von einer Reihe verwickelter und schwer übersehbarer Umstände abhängig ist“ [1]), billigt das Gesetz dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer einen Schutz zu, für den Fall, dass der Erbe den nach § 857 auf ihn übergegangenen Besitz noch nicht tatsächlich ausgeübt hat. Wenn also hier das Gesetz von einem „Besitz tatsächlich ergreifen“ spricht, so kann darunter nur eine concretere Bezeichnung für den vielleicht zu allgemeinen Ausdruck „Besitzausübung“ zu verstehen sein. Die erste Besitzausübung wird ja in der Tat ein solches tatsächliches Ergreifen sein und hat diese noch nicht stattgefunden, so ist es regelmässig schwer zu übersehen, ob die Sache sich tatsächlich in fremdem Besitz befinde und deshalb wird auch eine mildere Haftung zuzulassen sein. Diese gleiche Auslegung des Ausdrucks „tatsächlich Ergreifen“ werden wir aber ohne weiteres auch in § 2027 anwenden können, der von der Auskunftspflicht desjenigen handelt, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlass in Besitz nimmt.

Um noch einmal zur Ansicht Strohal's zurückzukehren, müssen wir noch bemerken, dass die praktische Durchführung der Entscheidung nur der Besitz auf Grund des § 857, nicht aber, tatsächlich ergriffener Besitz geht auf den Nacherben ipso iure über, den grössten Schwierigkeiten begegnen müsse. So wird es sich zum Beispiel, wenn Eintritt der Nacherbfolge und Tod des Vorerben zusammentrifft, garnicht feststellen lassen, an welchen Sachen Besitz auf Grund des § 857 und an welchen tatsächlich ergriffener Besitz vorliegt. Der Vorerbe müsste denn gerade genau darüber Buch geführt haben, welche Nachlasssachen er mal tatsächlich ergriffen hat, und welche nicht.

Binder, mit dem wir uns, wie oben bemerkt, bezüglich der Beurteilung des „nachträglichen Besitzergreifens“ in Uebereinstimmung befinden, sagt bei Behandlung der Nacherbfolge, dass der Nacherbe „entweder den Besitz überhaupt nicht oder

---

[1]) Prot. a. a. O., S. 722 o.

ganz erhält.“ Binder[1]) schliesst sich aber der ersten Eventualität an mit der Begründung, dass der Besitz nicht zur Erbschaft gehöre. Das letztere können wir nicht zugeben. Es ist weder im § 1922, noch im § 2106 gesagt, dass der Besitz nicht zum Vermögen (Erbschaft) gehöre. Wir werden vielmehr mit Strohal[2]) den zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Besitz wohl als zur Erbschaft gehörend ansehen. [Dies folgt aus dem § 2169.]

Bevor wir nun selbst auf die praktische Bedeutung der Besitzvererblichkeit bei der Nacherbfolge eingehen, müssen wir zunächst uns über das Wesen der Nacherbfolge klar werden. Der § 2139 lautet: „Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein und fällt die Erbschaft dem Nacherben an. Aus diesem Paragraph, in Verbindung mit § 2100, folgt, dass mit dem Fall der Nacherbfolge eine „zweite Beerbung des Erblassers“ eintritt.“[3]) Der Nacherbe tritt an die Stelle des Vorerben und ist nun, wie es der Vorerbe bei der ersten Beerbung war, jetzt bei der zweiten Beerbung der Universalsuccessor des Erblassers.

Es beerbt nicht etwa der Nacherbe den Vorerben, sondern nur den Erblasser. Es gilt so, als ob jetzt beim Falle des Eintritts der Nacherbfolge der Erblasser erst gestorben wäre; genau so wie dem Vorerben fällt ihm jetzt die Erbschaft an und tritt er ohne weiteres in die Erbenstellung ein. Damit nun aber dem Nacherben das Vermögen unverkürzt erhalten bleibe, ist notwendig, dass beim Vorerben, der doch auch Universalsuccessor des Erblassers ist, eine Vermögensvereinigung nicht stattfinde und dass der Nachlass als „selbständiger und übergangsfähiger Vermögensteil“ bestehen bleibe[4]). Zu dem Zwecke behandelte der Entw. I. zum B. G. B. den Vorerben als Niessbraucher. Das B. G. B. hat allerdings diesen Standpunkt fallen lassen, es bleibt jedoch die Stellung des Vorerben immerhin der Niessbraucherstellung ähnlich[5]). Der Vorerbe hat zwar den Nachlass zu eigenem Recht in Besitz und Verwaltung, stets muss er sich aber seiner Herausgabepflicht be-

[1]) a. a. O., S. 60.
[2]) Erbrecht, S. 136.
[3]) Endemann, Erbrecht, S. 168.
[4]) Endemann, a. a. O., S. 168 ff.
[5]) cf Böhm, Erbrecht, S. 46.

wusst bleiben. Es wird deshalb von ihm eine ordnungsmässige, bis zur Herausgabe fortgesetzte Verwaltung verlangt.

Nach dieser Darstellung der Nacherbfolge, die wir des Folgenden wegen für notwendig hielten, wird wohl kein Zweifel sein, dass der § 857, wenn er vom Erben spricht, auch den Nacherben meint. Es ist ja doch, wie wir sahen, der Nacherbe durchaus nicht zu unterscheiden vom Vorerben, bezüglich der Erbenstellung. Auch der Nacherbe wird also nach § 857 ohne Besitzergreifung Besitzer werden, jedoch werden wir zwei Fälle auseinanderzuhalten haben.

Trifft der Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammen, dann liegen die Verhältnisse für den Nacherben genau so, als ob jetzt erst der Erblasser gestorben wäre. Da ja der Nacherbe, gleich als ob gar kein Vorerbe vorhanden gewesen wäre, als Erbe des Erblassers gilt, so muss auch nach § 857 auf ihn der Besitz übergehen. Auf die Erben des Vorerben kann er nicht übergehen. Denn wie wir gesehen, ist ja die Erbschaft des die Nacherbfolge anordnenden Erblassers schon zu Lebzeiten des Vorerben ein von seinem sonstigen Vermögen gesondertes Gut und gehört deshalb bei seinem Tode nicht zu seinem Nachlass[1]). Nur als Erbe, d. h. als Fortsetzung der Erblasserpersönlichkeit, hatte der Vorerbe den Besitz der zur Erbschaft gehörte. Mithin muss jetzt, da der Nacherbe die Erblasser-Persönlichkeit mit Eintritt des Nacherbfolgefalles fortsetzt, auf ihn der Besitz ohne weiteres übergehen. Dabei wird es ganz gleichgiltig sein, ob der Vorerbe den Besitz der Nachlasssachen tatsächlich ausgeübt hat oder nicht[2]).

Das Gesagte wird auch für den Besitz zu gelten haben, den der Vorerbe erst noch bei seiner Verwaltung zur Erbmasse hinzu erworben hat, denn auch diesen Besitz erwarb der Vorerbe nur in seiner Erbenstellung und in diese rückt mit seinem Tode der Nacherbe ein. Selbstverständlich ist es, dass der Nacherbe auch dann, wenn der Vorerbe schon vor dem

[1]) So auch Eneccerus-Lehmann, Lehrb. des bürg. Rechts, Bd. II, S. 71 und Biermann, a. a. O., S. 15.

[2]) Derselben Ansicht, aber nur bezüglich des mittelbaren Besitzes, auch Strohal in seinem Erbrecht, S. 329 ff. Für den unmittelbaren Besitz findet sich auch dort, die schon besprochene Spaltung des Besitzbegriffes. Dem schliesst sich Herzfelder in Staudingers Komm. z. Erbr. § 2139, S. 370 an.

Erbfall stirbt, ohne weiteres mit dem Tode des Erblassers Besitzer wird.

Der zweite Fall ist der, dass die Nacherbfolge noch zu Zeiten des Vorerben eintritt. Hier übt der Vorerbe bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge noch die tatsächliche Gewalt aus. Und die Macht des Gesetzes reicht nicht so weit, diese tatsächliche Gewalt zu beenden. Trotzdem sagen wir aber auch hier, dass der § 857 zur Anwendung kommt. Es gilt ja hier genau dasselbe, was vorhin über die Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben gesagt wurde. Auch hier erwirbt der Nacherbe die Erbschaft kraft Gesetzes und nicht erst durch die Restitution des Vorerben. Auch hier findet der § 2139 Anwendung. Der Vorerbe hört auf, Erbe zu sein und der Nacherbe wird Erbe, d. h. setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort. Dass dies auch auf den Besitz, der zur Erbschaft gehört, und den der Vorerbe in dem betreffenden Zeitpunkte noch hat, nicht ohne Einfluss sein kann, ist klar. Kraft Gesetzes (§ 2139) wird der Nacherbe mit Eintritt des Nacherbfolgefalles Eigentümer der Nachlasssachen, und der Vorerbe hat nur noch die Nachlasssachen aufzubewahren, um sie ordnungsmässig herausgeben zu können. Kraft Gesetzes (§ 857) muss auch der Nacherbe, als Erbe des Erblassers, zur selben Zeit Besitzer werden und der Vorerbe, der die Sachen doch nicht mehr als ihm gehörend besitzen kann (§ 872), zu der Stellung eines vermittelnden Besitzers „nach Art eines Verwahrers" herabsinken[1]). „Auf Zeit" (§ 868), nämlich bis zum Augenblick der Herausgabe, ist der Vorerbe nur noch zum Besitze berechtigt oder wir wollen lieber sagen, zum Besitze verpflichtet. Denn mit dem Eintritt der Nacherbfolge wird sich ja sein ganzes Augenmerk auf diese Herausgabe richten müssen. So sehen wir, dass auch in diesem Falle der Nacherbe Besitzer und zwar mittelbarer Besitzer wird, während der Vorerbe unmittelbarer Besitzer nach Art des § 868 bleibt.

Wenn Strohal in seinem Sachbesitz Seite 19 bemerkt, „dass der Umstand allein, dass der Vorerbe den Besitz der zum Nachlass gehörenden Sachen auch zu einer Zeit, wo er ihm nicht mehr gebührt, noch fortsetzt, nicht hinreicht, um

[1]) cf. Leonhard, i. d. Anm. zu Eck's Vortrag über das B. G. B., S. 24, Anm. 3.

dem Nacherben den mittelbaren Besitz zu verschaffen, so müssen wir allerdings diesen Worten zustimmen. Doch nicht dieser Umstand, sondern das Gesetz verschafft dem Nacherben auf Grund des § 857 den Besitz. Das Gesetz stellt durch die Besitzvererblichkeit ein dem Verwahrer ähnliches Verhältnis her, vermöge dessen der Vorerbe dem Nacherben gegenüber nur noch „auf Zeit zum Besitz berechtigt und zugleich auch verpflichtet" ist. Eine andere Meinung, wie die hier vorgetragene, vertritt auch Biermann[1]), nach welchem in diesem Falle eine Ausnahme von § 857 vorliegen soll, denn „der Vorerbe verliere dadurch, dass der Fall der Nacherbfolge eintritt, nicht die tatsächliche Gewalt". Dies behaupten wir ja auch nicht, nur erschöpft sich nach unserer Meinung nicht der Besitz in der tatsächlichen Gewalt, was allerdings Biermann annimmt[2]). Der Besitz, d. h. die rechtliche Stellung, die sich an die tatsächliche Gewalt knüpft, wird durch den Eintritt der Nacherbfolge eine andere, wie wir oben zu zeigen versucht haben.

bb. Die Nachberufung.

Es kann vorkommen, dass der Anfall der Erbschaft an den zunächst Berufenen infolge Eintretens gewisser Umstände als gar nicht erfolgt gilt. So z. B. wenn die Erbschaft ausgeschlagen wird (§ 1953), oder wenn eine letztwillige Verfügung wirksam angefochten ist; cf. §§ 2078—2083 in Verbindung mit § 142, oder wenn der Erbe für erbunwürdig erklärt wird (2333). In allen diesen Fällen hat als Erbe derjenige zu gelten, der berufen sein würde, wenn der zunächst Berufene zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt haben würde. Diese erbrechtlichen Bestimmungen werden in gleicher Weise für die Besitzvererblichkeit nach § 857 zu gelten haben. Der zunächst Berufene wird auch z. B. in dem Zeitpunkt der Ausschlagung aufhören, Besitzer zu sein, und der Besitz wird auf denjenigen übergehen, der ihn bekommen haben würde, wenn der ausschlagende Erbe zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte. Binder[3]) sagt hierzu, „der Besitz, der einmal auf Grund

[1]) a. a. O. bei Erörterungen des § 857.
[2]) a. a. O., S. 3.
[3]) a. a. O., S. 60.

des § 857 übergegangen ist, kann durch die Ausschlagung nicht verloren gehen". Dem stehe § 856 entgegen. Der Besitz könne nur dadurch beendigt werden, dass der Erbe die Möglichkeit der tatsächlichen Gewalt mit oder gegen seinen Willen verliert. Diese Begründung dürfte wohl kaum stichhaltig sein. Der § 856 kann unmöglich entgegenstehen, denn was ist denn unter normalen Verhältnissen eine Ausschlagung auf den Besitz bezogen, anderes, als ein freiwilliges Aufgeben der tatsächlichen Gewalt[1]). Behält aber der zunächst Berufene, obwohl er aufgehört hat, Erbe und mithin auch Besitzer zu sein, den Besitz trotzdem weiter, so wird der wahre Erbe, der nach § 857 nun auch wirklicher Besitzer ist, gegen den früheren Erben mit § 861 genau so vorgehen können, als ob irgend ein Dritter sich der Sachen unmittelbar nach dem Erbfall bemächtigt hätte. Dies wird nicht nur bei der Ausschlagung, sondern vor allen Dingen bei den anderen auf Seite 43 genannten Beispielen zu gelten haben.

Strohal macht in seinem Sachbesitz auch bei der Nachberufung den schon oben widerlegten Unterschied zwischen nach § 857 übergegangenen und dem nachträglich ergriffenen Besitz. Der erstere soll bei der Ausschlagung, um bei demselben Beispiel zu bleiben, übergehen, der letztere aber nicht. In seinem „Erbrecht"[2]) stimmt aber Strohal mit der hier vorgetragenen Ansicht überein, wenn er auch dort wieder von einem tatsächlichen Ergreifen, was ja in Wirklichkeit nur ein Besitzausüben ist, spricht.

Auch der nachberufene Erbe wird also, wie wir gesehen, ohne Besitzergreifung Besitzer.

c. Entsprechende Anwendung des § 857.

Der § 857 spricht nur von einem Erben. In gleicher Weise wird aber auch bei Vorhandensein mehrerer Erben der Besitzübergang ohne besondere Besitzergreifung stattfinden.

[1]) Dass übrigens allgemein die Aufgabeerklärung schon den durch § 857 übergegangenen Besitz beendet, wie Strohal, Sachbesitz S. 108 annimmt, werden wir nicht zugeben können, da betreffs der Beendigung dieses Besitzes nichts anderes wird gelten können, als was in § 856 bestimmt ist. cf. auch Thoma, die Bedeutung des Besitzwillens. Diss. S. 36.

[2]) S. 326/27.

Es wird dann für diese ein Mitbesitz nach § 866 entstehen, der als solcher bis zur Auseinandersetzung bestehen bleibt[1]).

Nach § 1936 ist der Fiskus für den Fall, dass zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist, gesetzlicher Erbe und die für den Anfall der Erbschaft auf den Erben geltenden Vorschriften finden dann auch auf den Fiskus Anwendung. Daher wird man annehmen können, dass auch der Fiskus mit dem Erbfalle ohne weiteres Besitzer der Nachlasssachen wird.

In gleicher Weise wird ein solcher Besitzübergang auf den Fiskus stattfinden, wenn demselben das Vermögen eines Vereins (§ 46) oder einer Stiftung (§ 88) anfällt. Denn auf diesen Anfall sollen wieder die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichen Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung finden (§ 46).

2. Erörterung des Besitzüberganges hinsichtlich der einzelnen Besitzarten.

a. Der unmittelbare und mittelbare Besitz.

Die Bestimmung des § 857 sagt nur, der Besitz geht auf den Erben über. Es ist also von Besitz schlechthin die Rede. Da aber das B. G. B. verschiedene Besitzarten kennt, werden wir untersuchen müssen, ob denn die Besitzvererblichkeit des § 857, die sich doch als ausnahmslose darstellt, auch wirklich bei allen Besitzarten in ihrer praktischen Bedeutung zur Anwendung gebracht werden kann. Von vornherein müssen wir bemerken, dass sich die Inhabung des § 855 nicht vererben kann, denn hier liegt ja gar kein Besitzverhältnis vor. Mithin kann auch der 857, der nur von Besitz spricht, nicht zur Anwendung kommen.

Was nun aber den unmittelbaren Besitz anbetrifft, so will Kniep, wie wir schon oben kurz erwähnten, hier eine Ausnahme von der Besitzvererblichkeit machen. „Starb z. B. der Erblasser auf seinem Gute,[2]) d. h. hatte der Erblasser den unmittelbaren Besitz, so kann dieser, der nach Kniep als tatsächliches Verhältnis zu definieren ist, nicht auf den Erben

[1]) cf. Kober, a. a. O., S. 17, und Strohal, a. a. O., S. 113
[2]) Kniep, a. a. O., S. 185.

übergehen. Nur unter der Voraussetzung kann nach Kniep der Erbe den Besitz erlangen, wenn auch in seiner Person das körperliche Verhältnis vorhanden ist, d. h. wenn er sich auch auf dem Gute befindet.[1]) Ist dies nicht der Fall, so muss zum Erwerbe des wirklichen Besitzes eine nachträgliche Besitzergreifung hinzukommen.

Wir müssen bei solcher Erklärung der Bedeutung einer Besitzvererblichkeit fragen, was soll da der § 857? Auch wenn der Erbe nicht Erbe wäre, müsste er ja so Besitzer werden können. Wozu da noch die ausdrückliche Bestimmung, der Besitz geht auf den Erben über? Nach dieser Erklärung Kniep's müsste eigentlich die Umkehrung in § 857 stehen: Der Besitz geht nicht auf den Erben über, sondern erst durch Besitzergreifung wird der Erbe Besitzer.

Mit der weit überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller[2]) nehmen wir denn allgemein an, dass auch der unmittelbare Besitz sich vererbt. Unter allen Umständen wird der Erbe Besitzer, selbst wenn er nichts davon weiss, oder wenn er noch geschäftsunfähig ist. Auch der in Südwestafrika kämpfende Krieger erhält den Besitz, der zum Nachlass seines in der deutschen Heimat verstorbenen Vaters gehört, wenn er auch selbst von dem Tode keine Kenntnis hat.

Derjenige unmittelbare Besitz wird sich vererben, den der Erblasser gehabt hat. Hat er z. B. unmittelbaren Eigenbesitz (§ 872), so wird auch der Erbe Eigenbesitz bekommen. War der Erblasser gutgläubiger Besitzer, so bekommt auch der Erbe gutgläubigen Besitz und ebenso ist der übergegangene Besitz schlechtgläubig, wenn der Erblasser zur Zeit des Besitzbeginnes in schlechtem Glauben war.[3]) Ob aber der gute bezw. schlechte Glaube des Erben ganz ohne Einfluss ist, werden wir weiter unten zu erörtern haben.

Wenn der Erblasser nur unmittelbaren Fremdbesitz hatte (§ 868), so wird der Erbe mit dem Erbfall diesen Besitz bekommen. Dies werden wir ohne weiteres annehmen können, wenn wir die Protokolle vergleichen.[4]) Dort lesen

[1]) Es erinnert dies an den ipso iure Besitzerwerb der sui heredes.

[2]) Z. B. Strohal, Sachbesitz, S. 97, Eck, a. a. O., S. 22 ff. u. Kober, b. § 857.

[3]) Man sieht hier so recht, dass der Besitz des Erben nur eine Fortsetzung des Erblasserbesitzes ist. cf. Strohal, Erbr., S. 333 ff.

[4]) Prot. Bd. V, S. 652, massgebend auch für das Folgende.

wir, dass der § 857 nicht nur auf den Nutz- und den Eigenbesitz zu beziehen sei, sondern auch auf den Besitz des Detentors, Mandatars usw. Meistens wird ja der Erbe des Detentors die nicht zum Nachlass gehörenden Sachen sofort herausgeben. Der Erbe des Detentors hat nun aber auch die Pflicht, für die Erhaltung der Sachen zu sorgen und ist auch für die Herausgabe der Sachen verantwortlich. Deshalb hat er gegen Dritte den Besitz und den Besitzschutz nötig.

Es wird also auch der persönlich anvertraute Besitz auf den Erben übergehen.[1]) Endemann vertritt bezüglich dieses persönlich anvertrauten Besitzes die entgegengesetzte Meinung mit der Begründung, dass „das zur Besitzherrschaft legitimierende Recht nicht vererblich ist".[2]) Abgesehen davon, dass die Protokolle gegen diese Auffassung sprechen, ist auch noch zu erwidern, dass die Besitzfrage mit der Rechtsfrage nicht zusammengeworfen werden darf. Das Recht zum Besitz und der Besitz als solcher sind stets auseinander zu halten.[3]) Sowohl für die Begründung des Besitzes als auch für den Uebergang einmal begründeten Besitzes ist die Frage, ob ein Recht zum Besitz vorhanden ist, gleichgiltig.

Aus demselben Grunde wird die Besitzvererblichkeit auch beim Niessbrauchsbesitz zur Anwendung kommen, trotzdem das Niessbrauchsrecht ein unvererbliches Recht ist. Denn der Erbe des Niessbrauchers muss auch für gute Erhaltung der Niessbrauchssache aufkommen und deshalb ist ihm auch Besitz und Besitzesschutz zu gewähren.[4]) Wie unabhängig die Besitzfrage von der Rechtsfrage beim Niessbrauch ist, sieht man auch daraus, dass der Niessbrauch wohl zum Besitz berechtigt, ihn aber nicht begründet (§ 1036) und

[1]) Ebenso Kober, a. a. O., S. 17, Cosack, a. a. O., S. 76, Binder a. a. O., S. 56.

[2]) Endemann, a. a. O., S. 144. Anm. 6.

[3]) cf. Strohal, Erbrecht, S. 330.

[4]) Entgegengesetzter Meinung mit derselben Begründung, wie beim persönlich anvertrauten Besitz. Endemann, a. a. O., S. 144, Anm. 6 und Böhm, Erbrecht S. 314. Leonhard, a. a. O., S. 24, scheint auch die Besitzvererblichkeit auf den Niessbrauchsbesitz nicht anwenden zu wollen. Es sagt nämlich, dass der Erbe des Niessbrauchers zum Besitzdiener wird. Der Besitzdiener des § 855 hat ja aber keinen Besitz. Mithin läge hier eine Ausnahme von § 857 vor, der wir nicht zustimmen können. cf. Cosack, a. a. O., S. 76 und R. O. L. G. IV, 289.

andererseits die Beendigung des Niessbrauchs nicht ohne weiteres einen Besitzverlust bewirkt. (cf. § 1055 und § 856).

Dass der Erbe des mittelbaren Besitzers, ohne weiteres Besitzer wird, folgt ganz abgesehen von § 857 schon aus dem § 1922. Der Herausgabeanspruch geht auf den Erben über, der dadurch mittelbarer Besitzer wird. Auch hier will Kniep [1]) eine Ausnahme machen, und zwar dann, wenn der Besitzanspruch schon bei Lebzeiten des Erblassers gegen den Erben selber gerichtet war. z. B. der Erblasser hatte dem Erben ein Buch geliehen. Eine Ausnahme wird man hierin kaum sehen können. Der Erbe, der nur unmittelbarer Fremdbesitzer war, bekommt ja durch den Tod des Erblassers unmittelbaren Eigenbesitz, sodass auch hier eine Besitzvererbung eintritt.

b. Der Gesellschaftsbesitz.

Verschiedenfach [2]) wird behauptet, dass eine Einschränkung der Besitzvererblichkeit bei dem Gesellschaftsbesitz zu machen ist. So führt Strohal etwa folgendes aus: Es kann in dem Vertrage einer Gesellschaft, die doch sonst regelmässig durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst wird (§ 727), bestimmt sein, dass in diesem Falle die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen solle. Wo eine derartige Vereinbarung besteht, geht der Mitbesitz des verstorbenen Gesellschafters auf den Erben des Verstorbenen nicht über. Dies folge aus § 736 und § 738, nach welchen unter den angegebenen Voraussetzungen der verstorbene Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst.

Diese Annahme Strohals folgt aus einer Behauptung, dass da, wo eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand vorliege, auch eine Besitzesgemeinschaft zur gesamten Hand vorhanden sein müsse. [3]) Mit Recht wendet sich dagegen Wolff in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 44, S. 142 ff. (der Mitbesitz

[1]) a. a. O., S. 187

[2]) Strohal, Sachbes., S. 97, Matthias, Lehrbuch d. bürgerl. R., Bd. II, S. 12 und Endemann, a. a. O., S. 144, Anm 6.

[3]) Sachbesitz, S. 113 ff.

nach B. G. B.). Wenn Strohal annimmt, dass z. B. bei der Gesellschaft Gesamthandbesitz vorliege, weil der einzelne Mitbesitzer seinen Besitzanteil auf einen anderen nicht übertragen könne, so ist dies nicht richtig. Der Gesellschafter ist sehr wohl in der Lage, diese Uebertragung des Mitbesitzes vorzunehmen, „kann er doch einem Dritten oder sich selbst sogar den Alleinbesitz verschaffen.“ [1]) Hatte also der Gesellschafter unmittelbaren Besitz, so wird das Ausscheiden des Gesellschafters wie überhaupt die Natur der Rechtsgemeinschaft, für diesen unmittelbaren Besitz ohne Einfluss sein. [2]) Denn auch auf diesen Besitz finden die §§ 854—856 Anwendung. Ebenso muss aber auch die Besitzvererblichkeit des § 857 auf diesen Besitz ihre Wirkung äussern können, [3]) da ja durchaus kein Unterschied dieses Besitzes des Gesellschafters von jedem anderen unmittelbaren Besitze vorliegt.

Anders wird es sich allerdings unter den gegebenen Voraussetzungen mit dem mittelbaren Mitbesitz des Gesellschafters verhalten. Derselbe wird nicht auf den Erben übergehen können, aber nur aus dem Grunde wird dies der Fall sein, weil hier das Besitzverhältnis mit dem Rechtsverhältnis verschmolzen ist. [4]) Ueberall da, wo eine solche Identität des Besitzverhältnisses mit dem Rechtsverhältnis vorliegt, wird bei Unvererblichkeit des Rechts auch Besitzunvererblichkeit vorhanden sein müssen. So z. B. beim Rechtsbesitz der beschränktpersönlichen Dienstbarkeit (cf. § 1090, Absatz 2, in Verbindung mit § 1029), weil diese selbst unvererblich ist (cf. § 1061). [5])

Wir werden aber alle diese Fälle, wo der Besitz eng verbunden ist mit einem Recht, wo also ein wirklich selbstständiger Besitz nicht vorhanden ist, [6]) kaum als Ausnahmen einer Besitzvererblichkeit bezeichnen können, da diese, wie wir bisher gesehen, einen tatsächlichen selbständigen Besitz voraussetzt, der völlig losgelöst von jedem Recht besteht.

[1]) Wolff, a. a. O., S. 157.

[2]) Planck, a. a. O., S. 51 b. § 866.

[3]) So auch Binder, a. a. O., S. 53 und Biermann, a. a. O., S. 14.

[4]) Aehnlich Binder, a. a. O., S. 53, Wolff, a. a. O., S. 154 ff.

[5]) Anders beim Rechtsbes. der Grunddienstbarkeit, da dieser mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks auf den Erben des Besitzers sich vererben kann, cf. Strohal, a. a. O. S. 332.

[6]) Der Niessbrauchsbesitz kann nicht hierhergehören, da, wie wir gesehen, derselbe ganz unabhängig von Recht entsteht.

c. Der Besitz des Testamentsvollstreckers und Konkursverwalters.

Da es zu weit führen dürfte, auf die sehr streitige Besitzfrage des Testamentsvollstreckers und Konkursverwalters näher einzugehen, sei es gestattet, hier zunächst der herrschenden Meinung zu folgen und anzunehmen, dass beide einen vermittelnden Besitz des § 868 haben[1]) und dass der Herausgabeanspruch gegen den Testamentsvollstrecker dem Erben[2]) und gegen den Konkursverwalter dem Gemeinschuldner[3]) zusteht. Auf Grund dieser Ansicht wollen wir nun die Bedeutung der Besitzvererblichkeit erörtern. Ohne weiteres werden wir behaupten dürfen, dass sich sowohl beim Konkursverwalter, als auch beim Testamentsvollstrecker der unmittelbare Besitz vererbt. Hatte der Konkursverwalter z. B. Wertpapiere in seinem Schreibtische verwahrt, so geht mit seinem Tode der Besitz an diesen Wertpapieren auf seinen Erben über. Der Erbe bekommt durch diesen Uebergang auch den vermittelnden Besitz, den der Erblasser gehabt hat. Da der Erbe auch für die Herausgabe zu haften haben wird, ist es billig, dass er Besitz und Besitzschutz hat.

Mehrere[4]) Schriftsteller glauben aber, eine Einschränkung machen zu müssen bezüglich des mittelbaren Besitzes der in Frage stehenden Personen.

Es wird sehr häufig vorkommen, dass der Konkursverwalter bei einer Bank Wertpapiere deponiert. Dadurch wird die Bank zur unmittelbaren Besitzerin und der Konkursverwalter zum mittelbaren Besitzer der Wertpapiere. Bestehen bleibt ausserdem auch der mittelbare Besitz des Gemeinschuldners, den wir dann mittelbaren Besitzer zweiten Grades nennen dürfen.[5]) Dieser mittelbare Besitz des Konkursverwalters soll nicht auf die Erben desselben übergehen. U. E. wird dies nicht so allgemein gelten können. In dem

[1]) So z. B. Dernburg, a. a. O., § 14, S. 50, Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 19, S. 62 ff., Matthias, a. a. O., § 2, S. 7, Männer, a. a. O., § 14, Endemann, § 31, S. 123, Biermann, a. a. O., § 868, Binder, a. a. O., S. 55 ff.

[2]) Bezüglich des Testamentsvollstreckers cf. Planck, a. a. O., Bd. V, S. 397 ff., Binder, a. a. O., S. 50 ff., Strohal, Erbr., S 156, Frommhold, Erbr., § 2205.

[3]) Bezüglich des Konkursverwalters cf. Biermann, a. a. O., S. 37 und Petersen i. d. Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 9, S. 1 ff.

[4]) z. B. Strohal, Sachbes., S. 98 ff. und Erbrecht, S. 331 ff.

[5]) cf. Dernburg, a. a. O., S. 47.

von Strohal [1]) angeführten Beispiel, wenn nämlich der Hinterlegungsvertrag dahin lautet, dass nur dem jeweiligen Konkursverwalter die Wertpapiere herauszugeben seien, muss man allerdings zu der Entscheidung kommen, dass der mittelbare Besitz nicht auf die Erben übergeht. Die Begründung dafür ist aber nicht, wie Strohal annimmt, darin zu suchen, dass hier der mittelbare Besitz „nicht dem Konkursverwalter A. schlechthin, sondern der N.'schen Konkursverwaltung und dem A. also nur insofern zukommt, als er Träger dieser Verwaltung ist." Mit Recht bemerkt Binder,[2]) dass eine solche „Spaltung der Rechtspersönlichkeit undenkbar ist". Es ist nicht möglich, zwischen dem Besitz, den der A. als Konkursverwalter und demjenigen, welchen er als Privatmann ausübt, zu unterscheiden. [3])

Der Grund für diesen Nichtübergang des Besitzes liegt vielmehr in dem Hinterlegungsvertrage. In demselben ist ja ausdrücklich verabredet, dass der Besitz nicht auf den Erben, sondern auf den jeweiligen Konkursverwalter übergehen soll. [4])

Hinterlegt nun aber der Konkursverwalter in eigenem Namen, so sind die Besitzverhältnisse, die dadurch entstehen, dieselben wie vorhin. Die Bank wird unmittelbare Besitzerin, der Konkursverwalter mittelbarer Besitzer ersten Grades und der Gemeinschuldner mittelbarer Besitzer zweiten Grades. Stirbt nun der Konkursverwalter, so muss nach § 857 dieser mittelbare Besitz auf seine Erben übergehen. [5]) Wenn Strohal dies deshalb als unmöglich bezeichnet, weil den Erben „die rechtlichen Beziehungen zu dem Herausgabeanspruch fehlen", so muss hier wiederholt werden, dass die Rechtsfrage mit der Besitzfrage nichts zu tun hat. Der mittelbare Besitz des Konkursverwalters ist nur auf Grund seines unmittelbaren Besitzes entstanden und nicht auf Grund irgend eines Rechtes. Haben wir oben gesehen, dass sich der unmittelbare Besitz des § 868 ausnahmslos vererbt, so muss sich derselbe auch vererben, wenn er sich in einen mittelbaren Besitz umgewandelt hat. Er bleibt ja trotz dieser Umwandlung seinerseits immer noch vermittelnder Besitz und geht auch nur als solcher auf

[1]) Sachbesitz, S. 98.
[2]) a a. O., S. 55 ff.
[3]) Binder, a. a. O
[4]) So auch Kober, a. a. O., S. 18 und Binder, a. a. O.
[5]) cf. auch Binder, a. a. O., S. 58.

die Erben über, sodass der Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners auch den Erben gegenüber bestehen bleibt.[1])

Das Gesagte wird in gleicher Weise auch für den Testamentsvollstrecker zu gelten haben.[2]) Dies wird hier noch besonders bewiesen durch den § 2218 in Verbindung mit § 673, nach denen ja der Erbe bei Gefahr im Verzuge zur Fortführung der Verwaltung verpflichtet ist. Dazu bedarf er aber auch des Besitzes und der Besitzschutzmittel.[3])

Geht man mit Cosack[4]) davon aus, dass der Konkursverwalter und der Testamentsvollstrecker nur Besitzdiener sind,[5]) so wird von einer Besitzvererblichkeit keine Rede sein können, weil sie dann selbst keinen Besitz haben.

Dasselbe wird zu gelten haben, wenn man mit Förtsch[6]) annimmt, dass die in Frage stehenden Personen weder vermittelnde Besitzer noch Besitzdiener sind, sondern dass sie nur „den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind, betätigen“[7]).

Sahen wir in diesem Abschnitt, dass der Erbe in allen Fällen, wo es sich um wirklichen Besitz handelte, mit dem Erbfall Besitzer wurde, dass er also nicht einer besonderen Besitzergreifung bedurfte, so wollen wir im nächsten Teile erörtern, welche Berechtigungen und Verpflichtungen aus diesem Besitzübergang sich für den Erben ergeben.

---

[1]) U. E. ist es nicht nötig, dass man bei dem Fall, wo der Konkursverwalter in eigenem Namen hinterlegt, immer gleich an eine Unterschlagung denken muss. cf. Binder, a. a. O.

[2]) Böhm (Erbr. S. 186), nimmt hier an, dass der Besitz des Erblassers nach § 857 auf den Testamentsvollstrecker übergehe. Mit Recht weist dies Planck (i. s. Komm. Bd. 5, S. 397) zurück. Der Testamentsvollstrecker ist doch nicht der Erbe und nur auf den Erben kann der Besitz übergehen, ausserdem sagt auch das Gesetz in § 2205 ausdrücklich, dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass „in Besitz zu nehmen“ habe.

[3]) Planck, a. a. O., S. 41.

[4]) a. a. O., § 185, S. 66.

[5]) Diese Meinung ist auch in den Prot. Bd. 3, S. 333 vertreten.

[6]) Beitr. in Gruchot's Bd. 43, S. 545.

[7]) Dieser Ansicht schliessen sich an: Thurnau-Förster, das Liegenschaftsrecht § 855 Absatz 2 und Herzfelder, a. a. O. § 1984. IIa.

3. Die aus dem Besitzübergang sich für den Erben ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen.

a. Die Berechtigungen.

aa. Die possessorischen Rechtsmittel und deren Geltendmachung.

Nicht nur aus § 857, sondern auch aus § 1922 folgt, dass die Berechtigungen aus den §§ 861 und 862 den Erben gegenüber solchen Besitzentziehungen und Besitzstörungen zustehen, die gegen den Erblasser verübt worden sind[1]). Eine besondere Folge der Besitzvererblichkeit des § 857 ist aber, dass dem Erben die possessorischen Rechtsmittel gewährt werden, bezüglich solcher Störungen und Besitzentziehungen, die erst nach dem Tode des Erblassers bewirkt worden sind, bevor noch der Erbe selbst zur tatsächlichen Besitzausübung gelangt ist.

Der Erbe darf also gegen denjenigen, der ihm ohne seinen Willen den Besitz entzieht, oder ihn im Besitze stört, d. h. wer sich ihm gegenüber verbotener Eigenmacht schuldig macht, mit Gewalt vorgehen (§ 858_1 und § 859_1). War es eine bewegliche Sache, deren Besitz auf den Erben überging, so darf er allerdings die weggenommene Sache nur dem „auf frischer Tat getroffenen oder verfolgten Täter" wieder abnehmen (§ 859_2). Gehörte der Besitz eines Grundstückes zum Nachlass und war dem Erben dieser mittels verbotener Eigenmacht entzogen worden, bevor er selbst den Besitz ausgeübt hatte, dann darf er sich auch des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen, aber nur „sofort nach der Entziehung", d. h. bevor der Besitzstand des Täters „ein gefesteter"[2]) geworden ist (§ 859_3). Diese Selbsthilfe hat der Erbe nach § 859 Abs. 4 auch dann, wenn der Täter während der Verfolgung gestorben ist. Hier darf er aber auch nur in unmittelbarem Anschluss an die Verfolgung dem Erben die Sache mit Gewalt abnehmen[3]). Und unter denselben Voraussetzungen kann er dies bei dem bösgläubigen Sonder-

---

[1]) Dies war i. Entw. I ausdrücklich ausgesprochen in § 2053: Rechte und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht, die in Ansehung von Sachen gegen den Erblasser oder von demselben verübt ist, gehen auf den Erben über. Kober, a. a. O., S. 25.

[2]) Biermann, a. a. O., S. 18.

[3]) Biermann, a. a. O., S. 19.

nachfolger tun, der während der Verfolgung vom Täter die Sache bekommen hat. (§ 859_4 in Verbindung mit § 858_2)

Man sieht schon aus der engen Fassung des § 859, dass derjenige Erbe, der sich noch nicht in der Besitzausübung befindet, nicht häufig dieses Selbsthilferecht wird gebrauchen können, denn nur selten wird er im Stande sein, all die Erfordernisse des § 859 zu erfüllen. Der Erbe wird daher in den meisten Fällen statt der Selbsthilfe mehr die Gerichtshilfe in Anspruch nehmen. Er wird, wenn ihm der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, gegen denjenigen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, auf Grund des § 861 auf Wiedereinräumung des Besitzes klagen können[1]). Wie das Gesetz selbst sagt, zur Wiedereinräumung des Besitzes dient die Klage aus § 861 und nicht etwa erst zur Erlangung des Besitzes, was trotzdem Planck[2]) bezüglich des Erben behauptet. Nach § 862 steht dem Erben, wenn jemand durch verbotene Eigenmacht den auf ihn übergegangenen Besitz stört, gegen den Störer ein Anspruch auf Beseitigung der Störung zu. Wenn weitere Störungen zu besorgen sind, kann er auf Unterlassung klagen (§ 862 Satz 2).

War der Erblasser mittelbarer Besitzer, so kann bei einer Besitzentziehung oder Besitzstörung der Erbe auch von diesen Klagen Gebrauch machen (cf. § 869). Er kann nach § 869 Satz 2 eine Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer, oder wenn dieser ihn nicht mehr haben will, an sich selbst verlangen. Die Anwendung des Selbsthilferechtes hängt von dem Bestehen des Erbrechtes ab. Zur Geltendmachung der Ansprüche aus den §§ 861 und 862 muss der Erbe erstens beweisen, dass der Erblasser Besitz gehabt hat, zweitens aber auch, dass er der berechtigte Erbe ist. Die letztere Beweisführung wird dem Erben durch die Bestimmungen des B. G. B. über den Erbschein wesentlich erleichtert. Nach § 2365 wird nämlich vermutet, dass demjenigen, welcher in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht auch wirklich zustehe. Ist jedoch noch kein Erbschein erteilt, oder der erteilte für kraftlos erklärt worden, dann muss der Erbe sein

[1]) Auch dies ist wieder ein Beweis, dass es sich nicht um Neuerwerb, sondern um Fortsetzung des Erblasserbesitzes handelt.
[2]) a. a. O., S. 40.

Erbrecht beweisen. Wenn der Gegner ebenfalls behauptet, Erbe zu sein, dann wird das bessere Recht darüber entscheiden, wem der Besitz und der Anspruch auf Wiedereinräumung zusteht. Für die Zwischenzeit wird derjenige Besitzer sein, welcher sich, obwohl ihm jede Berechtigung dazu fehlte, der Sache bemächtigt hat [1]).

Gegenüber den Ansprüchen aus den §§ 861, 862 darf ein Recht zum Besitze, welcher Art es auch sei, nicht geltend gemacht werden [2]); nur in einem Falle ist es gestattet, wenn nämlich das Recht zur Begründung dient, dass die Entziehung oder Störung nicht verbotene Eigenmacht gewesen sei (§ 863).

bb. Die Ersitzung.

Auf Grund des § 943, so wird von verschiedenen Seiten behauptet [3]), ist der Erbe befugt, die Ersitzungszeit des Erblassers sich anzurechnen. Auch wir sind der Ansicht, dass der Erbe sich die bereits verstrichene Ersitzungszeit anrechnen darf, folgern dies aber nicht aus § 943, sondern aus § 857 [4]). Der § 943 spricht davon, dass, wenn die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten gelangt ist, diesem Dritten, die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit zu statten kommt. Mit Dernburg [5]) behaupten wir, dass „unter diesem Dritten" nur der Sondernachfolger und nicht der Erbe zu verstehen ist. Es geht dies aus unserer Auffassung, dass der Erbe nur den Erblasser als Besitzsubjekt ersetzt, von selbst hervor. Dadurch aber, dass nach § 857 ein Besitzübergang, eine Fortsetzung des Erblasserbesitzes, stattfindet, muss notwendig auch die während der Besitzzeit des Erblassers verstrichene Ersitzungsfrist dem Erben zu gute kommen.

Hatte also der Erblasser in gutem Glauben Eigenbesitz erworben und bis zu seinem Tode nicht erfahren, dass ihm

---

[1]) Endemann, S. 145, Anm. 10.

[2]) cf., auch R. O. L. G. IV. 289.

[3]) z. B. Planck, a. a. O., b. Erört. d. § 943, Biermann a. a. O. S. 153 Kober a. a. O. S. 201 ff., Fischer-Henle, Bem. zu § 857.

[4]) cf. Dernburg, a. a. O., S. 298, Eck, a. a. O., S. 128 u. Binder, a a. O., S. 41 ff.

[5]) a. a. O., S. 298.

das Eigentum nicht zusteht (§ 937_2), so geht der Eigenbesitz mit seinem Tode auf den Erben über, welcher die Ersitzung vollendet, ausser wenn er bestimmt weiss, dass ihm das Eigentum nicht gebührt. Selbst wenn der Erbe beim Besitzübergang nicht in gutem Glauben ist, wenn es ihm zwar nicht bekannt, aber infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache ihm nicht zu eigen ist (§ 932), vollendet er die Ersitzung (cf. Biermann, a. a. O, S. 143). Denn nach § 937 schliesst nur das bestimmte Wissen des Erben, dass ihm das Eigentum nicht zusteht, die Vollendung der Ersitzung aus. Andererseits kann aber der Erbe, da er doch nur den Besitz des Erblassers fortsetzt, wenn dieser keinen Eigenbesitz hatte, eine Ersitzung nicht von neuem beginnen. Befand sich z. B. in dem Nachlass eine goldene Uhr, die der Erblasser nur geliehen hatte, so kann er nicht an derselben eine Ersitzung beginnen, wenn er auch glaubt, dass sie dem Erblasser zu eigen gewesen sei[1]).

So sehen wir, dass es auch im B. G. B. noch eine successio in usucapionem gibt, d. h. ein Einrücken in die Ersitzungslage, wie sie vom Erblasser begründet wurde[2]). Dies verneinen allerdings diejenigen Schriftsteller, welche den § 943 als massgebend für den Erben betrachten. Dieselben behaupten, dass es im B. G. B. nur noch eine accessio possessionis gebe, dass also der Erbe eine neue Ersitzung beginnt und sich deshalb in gutem Glauben befinden müsse. Freilich dürfe er sich, wie schon erwähnt, nach § 943 die Ersitzungszeit des Erblassers anrechnen. Zu einer derartigen Behauptung kann man nur kommen, wenn man in dem Besitzübergang des § 857 einen Neuerwerb des Besitzes sieht, dass er dies aber nicht ist, haben wir oben zu zeigen versucht. Auf Grund dieser gegenteiligen Meinung kommt man auch dazu, den Erben selbst dann bei Vorhandensein von gutem Glauben eine Ersitzung beginnen zu lassen, wenn der Erblasser nicht Eigenbesitz hatte, was, wie Dernburg treffend bemerkt[3]), zu grossen Härten führen müsste.

Hatte der Erblasser Eigenbesitz gehabt, war aber unmittelbar nach dem Tode desselben der Besitz entzogen, von

---

[1]) cf. Eck, a. a. O.
[2]) cf. Binder, a. a. O., S. 42 u. Mot., Bd 3, Seite 355.
[3]) a. a. O., S. 298.

dem Erben jedoch binnen Jahresfrist wieder erlangt worden, so kann sich der Erbe auch diese Zeit mit zu seiner Ersitzung hinzurechnen, weil die Unterbrechung, die sonst durch den Verlust des Eigenbesitzes herbeigeführt wird, unter den angegebenen Voraussetzungen als nicht erfolgt gilt. (§ 940, Abs. 1 und 2.)

cc. Die sonstigen Berechtigungen.

Nicht nur die possessorischen Rechtsmittel stehen dem Erben zu, sondern auch petitorisch kann er auf Grund des mit dem Erbfall auf ihn übergegangenen Besitzes klagen. Die Herausgabe einer zum Nachlass gehörenden Sache wird er mit Hilfe des § 1007 von jedem verlangen können, der beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. War diese Nachlasssache unmittelbar nach dem Tode des Erblassers gestohlen, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen, so kann der Erbe die Herausgabe auch vom gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, dass dieser der Eigentümer ist.

Wenn auch mit den Klagen aus den §§ 861 und 862 Schadensersatzansprüche nicht verbunden werden dürfen, so kann doch der Erbe Ersatz für den ihm durch die Besitzentziehung oder Besitzstörung zugefügten Schaden mittelst einer selbständigen Klage aus § 823 Abs. 2 verlangen. In gleicher Weise kann der Erbe gegen denjenigen, der den Besitz ohne Rechtsgrund erhalten hat, Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen (§ 812). Mit Hilfe dieser Klage wird er auch den Besitz herausverlangen können. (condictio possessionis.)

Weitere Rechtsvorteile, die sich aus dem Besitzübergang zu Gunsten des Erben ergeben, sind die Rechtsvermutungen aus den §§ 1006 und 920. Nach § 1006 wird zu Gunsten des Erben der durch den Erbfall den Besitz einer beweglichen Sache erlangt hat, vermutet, dass er der Eigentümer der Sache sei. Ebenso ist der Besitz massgebend für die Abgrenzung, wenn sich im Falle einer Grenz-

[1]) cf. Haidlen, B. G. B., Bd. 2, S. 29.
[2]) Turnau-Förster, a. a. O., Bemerkung zu § 857.

verwirrung die richtige Grenze nicht mehr ermitteln lässt. (§ 920.)

Hier sei endlich noch erwähnt, dass zumal der Erbe eines unmittelbaren Besitzers, dem ein mittelbarer Besitzer gegenübersteht, dadurch, dass er nach § 857 Besitz hat, für die von ihm auf die Sache gemachten Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht (§ 994 in Verbindung mit § 1000) geltend machen kann.

Alle diese Berechtigungen hat der Erbe schon von dem Augenblick des Erbfalles an, gleichgültig, ob er schon zur tatsächlichen Besitzausübung gelangt ist oder nicht.

---

b. Die Verpflichtungen.

aa. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes.

Wir haben schon oben gesehen, dass sich immer nur der Besitz vererbt, den der Erblasser hatte. Eine Folge davon ist, dass auf den Erben mit dem Besitze auch die Fehlerhaftigkeit desselben übergeht. Hatte also z. B. der Erblasser den Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt, so kann diese Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht mit seinem Tode untergehen. Es würde dies eine grosse Unbilligkeit gegen den früheren Besitzer sein. Deshalb bestimmt auch § 858 Abs. 2, dass der Erbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes in jedem Falle gegen sich gelten lassen müsse. Dabei ist es ganz gleichgiltig, ob der Erbe die Fehlerhaftigkeit des Erblasserbesitzes kennt oder nicht. Der Erbe wird mit dem Erbfall passiv legitimiert gegenüber der Klage aus § 861 und ebenso gegenüber der aus § 862.

Durch die Fassung des Abs. 2 des § 861 könnten nun Zweifel darüber entstehen, wie lange der Erbe diese Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muss[1]). Der Absatz 2 lautet: Der Anspruch aus § 861 Abs. 1 ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist. Es hatte z. B. der Erblasser von einem Dritten am 22. Juli 1904 den Besitz durch verbotene Eigenmacht er-

[1]) Strohal, Sachbes. S. 132, massgebend auch für das Folgende.

langt. Dieser fehlerhafte Besitz ist bei seinem Tode am 4. Dezember auf die Erben übergegangen und wird den Erben von jenem Dritten am 15. Oktober 1905 wieder durch verbotene Eigenmacht entzogen. Kann hier der Erbe gegen diesen Dritten mit § 861 vorgehen? Man könnte nach den Worten des Abs. 2 in § 861 diese Frage verneinen, weil der Erbe den Besitz erst am 4. Dezember 1904 erlangt hatte und deshalb die in Absatz 2 verlangte Jahresfrist noch nicht verstrichen ist[1]). Dem Sinne des § 861 würde dies jedoch nicht entsprechen. Die Jahresfrist wird nicht von dem Augenblick an laufen, in dem der Erbe den fehlerhaften Besitz erlangte, sondern vielmehr in dem Zeitpunkte beginnen, in dem der Erblasser durch verbotene Eigenmacht den Besitz von jenem Dritten erlangt hat. Dies folgt insbesondere aus § 864 Abs. 1[2]).

bb. Passivlegitimation gegenüber der Eigentumsklage.

Sogleich mit dem Erbfall ist der Erbe, selbst wenn er noch nicht zu einer tatsächlichen Besitzausübung gelangt ist, passiv legitimiert gegenüber der Klage aus § 985. Von ihm kann der Eigentümer die Herausgabe der Sachen verlangen und der Erbe wird, wenn etwa ein Dritter in der Zwischenzeit sich den Besitz angeeignet hat, gegen diesen mit den schon erörterten Besitzschutzmitteln vorgehen müssen, um der Herausgabepflicht genügen zu können.

cc. Sonstige Verpflichtungen.

Eine praktische Konsequenz aus der Vererblichkeit des Besitzes ist auch noch die Passivlegitimation gegenüber den Klagen aus den §§ 867 und 1005. Bei einer Nichtvererblichkeit des Besitzes müsste derjenige, dessen Hut durch einen Windstoss auf ein erbschaftliches Grundstück getragen wurde, mit der Zurückforderung[3]) so lange warten, bis der Erbe das

[1]) Zu dieser Entscheidung könnte man vor allen Dingen kommen, wenn man von einem Neuerwerb des Besitzes seitens des Erben redet.

[2]) auch Strohal, a. a. O.

[3]) Prot. Bd. V, S. 651.

Grundstück tatsächlich in Besitz genommen hätte. Die Unzuträglichkeit aus dem Prinzip der Besitzunvererblichkeit ist wohl kaum besser zu beweisen, als durch dieses Beispiel. Infolge einer Besitzvererblichkeit kann dieser Abholungsanspruch sofort mit dem Erbfall gegen den Erben geltend gemacht werden. Schliesslich können wir sagen, dass ja, wie schon mehrfach erwähnt, der Erbe mit dem Erbfall Besitzer wird, er gegenüber allen Klagen passiv legitimiert ist, für die der Besitz als solcher massgebend ist. Es seien da beispielsweise die bereits erörterten Klagen aus § 1007, ferner die condictio possessionis des § 812, die Klage aus § 836 wegen Haftung für Einsturz eines Gebäudes und die Klage aus § 809 auf Vorlegung genannt. Auch hier sei ebenfalls noch erwähnt, dass diese Verpflichtungen den Erben mit dem Augenblick des Todes des Erblassers treffen und dabei auf die Frage, ob er schon tatsächlich Besitz ausübt oder nicht, unberücksichtigt bleibt.

---

4. Die Besitzvererblichkeit in ihrer Wirkung auf das Strafrecht.

Von Bülow erzählt im Archiv für Strafrecht[1]), dass in einer juristischen Gesellschaft die Frage berührt worden sei, inwiefern das Strafrecht durch das neue B. G. B. beeinflusst werde. Dabei habe ein Redner geäussert, dass durch die Bestimmung des § 857 die Zweifel und Schwierigkeiten beseitigt würden, welche sich nach dem bisherigen Rechte ergeben hätten, wenn sich Personen aus der Umgebung eines Sterbenden nach Eintritt des Todes Sachen aus dem Nachlass aneigneten, bevor der Erbe diese in Besitz genommen habe. In der Debatte sei kein Widerspruch dagegen laut geworden, dass der § 857 auch für die strafrechtliche Beurteilung massgebend sei.

Wir sind der Ansicht, dass der für das bürgerliche Recht ausgesprochenen Besitzvererblichkeit ein solcher Einfluss auf das Strafrecht einem Teile des öffentlichen Rechts nicht zuzuschreiben ist.

Es sind hauptsächlich die §§ 242 und 246 des R. St. G. B. für die der § 857 des B. G. B. massgebend sein könnte. Die

---

[1]) Bd. XLV, S. 320 ff.

Geschichte des § 242 R. St. G. B. zeigt schon, dass man nicht den bürgerlich rechtlichen Besitzgriff in das Strafgesetzbuch einzuführen beabsichtigt hatte. Der § 242 des deutschen Strafgesetzbuches ist analag dem § 215 des preussischen Strafgesetzbuches und hierzu sagen die Motive: „Es sei nicht die Wortfassung — aus dem Besitz oder Gewahrsam — eines anderen, sondern lediglich die — einem andern wegnehmen — gewählt worden, weil daraus deutlich hervorgehe, dass der Bestohlene die Detention der Sache noch gehabt haben müsse, der Ausdruck — Gewahrsam — aber bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitz möglichst zu vermeiden sei“ [1]).

Nun könnte man aber annehmen, dass mit der Einführung des B. G. B. doch eine Aenderung eingetreten sei, die sich hauptsächlich beim § 246 R. St. G. B. äussern könnte. Dies wird aber durch die Verhandlungen zum Art. 33 des Einführungsgesetzes des B. G. B. widerlegt, aus denen hervorgeht, dass ein Ersatz des strafrechtlichen Besitzbegriffes im § 246 R. St G. B. durch den des B. G. B. nicht gewollt ist. Nach dem Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G. B. wurde in der Kommission ein Antrag gestellt, im § 256 des R. St. G. B. die Worte „oder Gewahrsam“ hinter Besitz zu streichen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr den Unterschied zwischen Besitz und Gewahrsam gleich Inhabung mache. Dieser Antrag aber wurde abgelehnt mit dem Hinweis darauf, dass für das Strafrecht die Begriffe „Besitz und Gewahrsam“ nicht aus dem Landeszivilrecht zu substantiieren, sondern aus dem Strafgesetzbuch selbst zu entwickeln seien, das die Ausdrücke deshalb nebeneinander gebrauche, um den Tatbestand der Unterschlagung möglichst erschöpfend zu bestimmen [2]).

Nicht der zivilistische Standpunkt, sondern ein rein natürlicher und äusserlicher wird für die Auslegung der Worte „Besitz und Gewahrsam“ massgebend sein.

In jenem Falle z. B., wo eine Krankenwärterin einer Leiche im Krankenhause Ringe abzieht, werden wir also nicht in Folge des § 857 B. G. B. ohne weiteres Diebstahl annehmen,

---

[1]) cf. Lobe, über Einfluss des B. G. B. auf das Strafrecht, S. 29.

[2]) cf. Entsch. d. R. G. für Strafsachen, Bd. 37, S. 200 ff., und Lobe a. a. O., S. 29.

da der § 242 R. St. G. B. voraussetzt, dass das äussere Verhältnis, in dem sich die fremde Sache im Augenblick der Tat zu jemandem befindet, so beschaffen ist, dass von „Wegnehmen" gesprochen werden kann und das erforderliche Verhältnis des Erben zu der Sache allein durch den § 857 B. G. B. nicht erreicht wird, der gar oft mit dem Erben mit völliger Hintansetzung des körperlichen Momentes zivilrechtlichen Besitz verschafft. So sehen wir, dass auch nach Einführung des B. G. B. die §§ 242 und 246 des R. St. G. B. ganz unabhängig von dem für das Zivilrecht so bedeutsamen § 857 B. G. B. anzuwenden sein werden [1]).

Schluss.

Es sei noch zum Schluss gestattet, darauf einzugehen, von wann an die erörterten Wirkungen einer Vererblichkeit des Besitzes Anwendung zu finden haben.

Nach § 180 E. G. zum B. G. B. finden auf ein zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. B. bestehendes Besitzverhältnis die Vorschriften des B. G. B. Anwendung. Hiernach könnte man annehmen [2]), dass auch auf einen Erbfall, der vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, bezüglich des Besitzes der § 857 Anwendung fände. Dem steht nun aber entgegen, dass der § 857 nicht rein sachenrechtlicher, sondern wie mehrfach gezeigt, überwiegend erbrechtlicher Natur ist. Deshalb kommt nicht der § 180, sondern der § 213 E. G. zum B. G. B. zur Anwendung, nach welchem, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des B. G. B. gestorben ist, die bisherigen Gesetze für die erbrechtlichen Verhältnisse massgebend bleiben.

Es wird also, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 starb, das frühere Recht darüber entscheiden, ob der Erbe ohne weiteres Besitzer geworden ist, oder nicht.

---

[1]) Uebereinstimmend auch Olshausen Bemerkung 9 zu § 246 und Bemerkung 15 und 17 zu § 242. Ferner R. Schmidt, Einfluss des B. G. B. auf das Strafrecht in der deutschen juristischen Zeitung, Bd. V, S. 149.

[2]) So Neumann, Handausgabe des B. G. B., Bd. 3, § 180 E. G. zum B. G. B., Bem. 2.

Lebenslauf.

Ich, Curt, Max, Adolf Pappe, bin am 7. Oktober 1879 zu Liegnitz in Schlesien geboren. Ich bin Preusse und gehöre der jüdischen Konfession an. Im September 1900 verliess ich mit dem Zeugnis der Reife das Gymnasium zu Liegnitz. Ich widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaften und besuchte die Universitäten Berlin, München und Breslau, wo ich die Vorlesungen der Herren Professoren v. Amira, Brentano, Brie, Brunner, Fischer, Grueber, Hübler, Kahl, Kipp, Kohler, v. Liszt, Leonhard, Oertmann, Paulsen, Pernice, Schollmeyer, v. Seuffert, Sombart hörte.

In Breslau bestand ich am 21. November 1904 die erste juristische Staatsprüfung und wurde dem Amtsgericht in Nieder-Wüstegiersdorf zur praktischen Ausbildung überwiesen. Im Januar 1905 wurde mir ein 16monatlicher Urlaub bewilligt, um mich in der Industrie zu beschäftigen. Ich war während dieser Zeit teils in Deutschland, teils in England tätig. Im Mai 1906 trat ich wieder meinen Dienst beim Amtsgericht in Nieder-Wüstegiersdorf an, wo ich mich bei Drucklegung dieser Arbeit noch befinde. Ich beabsichtige jedoch in Kürze aus dem Justizdienst auszuscheiden, um in eine Fabrik in Liegnitz einzutreten.